

FERRO CARRIL CENTRAL del URUGUAY

LA CUESTION SOBRE HOMOLOGACION DE LAS TARIFAS FERRO-VIARIAS

MONTEVIDEO
1946

PROLOGO

1. Lo que ha dado en llamarse el problema de las tarifas ferroviarias, no obstante tener algunos puntos complejos, es un asunto muy sencillo que puede estar contenido en solo estas preguntas: ¿Tiene o no tiene el Estado el derecho de intervenir en la fijación de las tarifas? Y, en caso afirmativo, ¿en qué condiciones?

Sin embargo, analizando las publicaciones aparecidas en la prensa y las discusiones a que han dado lugar, se llega a la evidente consecuencia de que se trata de un tema muy poco profundizado y menos entendido por el común de las gentes.

Por consiguiente, en el deseo de informar debidamente a la opinión, trataré en esta publicación de presentar en forma sencilla y clara los antecedentes esenciales para la debida comprensión del problema.

Confío en que, como consecuencia de ello, en el futuro se evitará la expresión de tantas opiniones y conceptos equivocados, y la opinión pública estará mejor informada y por tanto los juicios de la misma no adolecerán de la falta de conocimiento que hasta ahora han evidenciado.

2. Ante todo conviene explicar la forma en que están establecidos en el País los ferrocarriles particulares:

a) El Ferrocarril Central del Uruguay (Montevideo a Yí y Yí a Río Negro) fué establecido en virtud de la ley Concesión de 27 de noviembre de 1877.

b) Los Ferrocarriles Nordeste, Extensiones al Este, Norte y Oeste, Midland, Ramal Algorta-Fray Bentos, Ramal Tres Arboles-Piedra Sola, Noroeste del Uruguay y Norte del

Uruguay se establecieron en general de acuerdo con la ley de Trazado General de Ferrocarriles del año 1884.

c) Con excepción de la Extensión al Oeste y los Ramales Tres Arboles-Piedra Sola y Algorta-Fray Bentos, todas las demás concesiones son a perpetuidad.

d) En cada caso las concesiones se han formalizado por contratos suscritos libremente entre el Estado del Uruguay y los concesionarios, con los mismos derechos y obligaciones dentro de las estipulaciones de los contratos.

e) En cada caso los ferrocarriles tienen derecho a fijar el precio de los servicios que venden, al igual que todo industrial o entidad comercial, — pero con la restricción de que una vez excedidos los porcentajes preestablecidos, el Estado puede intervenir en las tarifas, o, en algunos casos, optar por cobrar cierto porcentaje del exceso.

f) Las concesiones establecieron también ciertos privilegios que rigieron por periodos determinados, tales como garantía de intereses por parte del Estado, liberación de derechos de Aduana, contribución inmobiliaria, patentes, etc. etc.

3. Para dar una idea de la complejidad que el asunto tiene para las personas no interiorizadas en la materia, puedo citar el convenio celebrado el 20 de abril de 1906, a cuya parte esencial me refiero en el apartado siguiente (Nº 4) en lo que se relaciona con el Ferrocarril Nordeste, Sección Pando-Minas (2º párrafo), mediante el cual se acordó para las lineas garantidas o sean las del Nordeste, Norte y Este, la fijación de un nuevo límite de ganancias, la forma en que debían devolverse al Estado las garantías recibidas y la oportunidad en que éste podría intervenir en las tarifas.

4. Las cláusulas de los contratos relativas a la intervención en las tarifas por el Estado son las siguientes:

FERRO CARRIL CENTRAL DEL URUGUAY. — Art. 11 del contrato de 25 de Febrero de 1878: — "La fijación de las tarifas de " carga y pasajeros se hará por el Directorio de la Compañía y no " podrá variarse sin previos avisos en los diarios de la capital con " treinta días de anticipación. El Superior Gobierno solo interven- " drá en ellas después que las utilidades líquidas lleguen al diez " y seis por ciento anual".

FERRO CARRIL NORDESTE. — Sección Montevideo-Pando. Contrato de 3 de Mayo de 1878. No hay estipulación sobre tarifas.

Sección Pando-Minas. Art. 31 de la ley de 27 de agosto de 1884: "Siempre que un ferrocarril produzca más del doce por ciento

" de utilidad sobre el capital invertido, el Poder Ejecutivo podrá
" intervenir en la fijación de las tarifas a fin de rebajarlas, después
" de oída la Empresa".

Dicho porcentaje quedó modificado por el art. 3º del Contrato de 20 de abril de 1906, en la siguiente forma: "de acuerdo con lo
" estipulado en el Convenio Ellauri de 1890, la Compañía Extensión
" al Este del Ferro Carril Nordeste, no gozará por las nuevas seccio-
" nes más garantía que la de 3½% de que ya goza por su conce-
" sión el resto de la línea del Nordeste; pero en el caso de que la
" ganancia neta de esta línea, lo mismo que la de cualesquiera de
" las otras líneas garantidas del Ferro Carril Central excediese de
" 6 % el exceso calculado sobre el método que se indicará en el
" artículo siguiente, se dividirá así:

"Un tercio a la Compañía y dos tercios al Gobierno hasta que
" produzca el 8 % anual sobre el capital garantido, debiéndose des-
" tinar a devolución de garantía todo exceso sobre esas sumas.

"En caso que las utilidades líquidas excedan el 8 % anual
" sobre el capital real o sea el valor de la línea, el Gobierno po-
" drá optar entre intervenir en las tarifas hasta reducir los resul-
" tados netos sobre el capital real a ocho por ciento anual o re-
" cibir dicho exceso, quedando entendido que en ningún caso po-
" drá aumentarse el capital sin asentimiento del Gobierno. Si he-
" cha la reducción de tarifas los resultados del rendimiento fueran
" menores de ocho por ciento al año sobre el capital real, el Go-
" bierno se compromete a completarlo".

EXTENSION AL ESTE. — Contrato de 20 de Agosto de 1887. La fijación de tarifas se rige al igual que el Ferrocarril Nordeste por el Art. 31 de la Ley de 27 de Agosto de 1884.

EXTENSION AL NORTE. — Contrato de 14 de Setiembre de 1888. La fijación de tarifas se rige, como los casos citados anteriormente, por el Art. 31 de la Ley de 27 de Agosto de 1884.

EXTENSION AL OESTE. — Contrato de 30 de Mayo de 1896. Base VII: "En el contrato definitivo se establecerá la tarifa máxi-
" ma de precios que la Empresa podrá cobrar al público, quedando
" facultado el Poder Ejecutivo para intervenir en la formación de
" las tarifas después que las líneas produzcan a sus accionistas el
" 8% anual sobre la base de un capital de cinco mil libras ester-
" linas por kilómetro".

Base V de las aclaraciones al Contrato referido: "Que para
" el mejor cumplimiento de lo preceptuado en la base VII referen-
" te a la tarifa máxima de precios que para la explotación de las
" líneas, la Empresa podrá cobrar al público, queda convenido ex-
" presamente entre las partes contratantes que esa tarifa máxima
" se establecerá al abrir al servicio público la primera sección de

" la línea. En caso de no ponerse de acuerdo las partes contra-
" tantes regirán las tarifas actuales del Ferro Carril Central como
" máximum".

FERROCARRIL MIDLAND. — Contrato de 9 de Febrero de 1887. La fijación de tarifas se rige por el Art. 31 de la Ley de 27 de Agosto de 1884, que se menciona en el caso del Ferrocarril Nordeste y de las Extensiones Este y Norte.

RAMAL TRES ARBOLES-PIEDRA SOLA. — Contrato de 8 de Noviembre de 1911. Art. 5º: "La devolución del monto de las ga-
" rantías abonadas por el Estado se hará desde el momento en
" que las ganancias de la Empresa pasen del seis por ciento. Esta
" devolución se verificará de acuerdo con los siguientes incisos:
" 1. Cuando aquellas ganancias estén comprendidas entre el (6%)
" seis por ciento y el ocho por ciento (8%) del capital garantido,
" la Empresa queda obligada a entregar las dos terceras partes del
" excedente sobre el seis por ciento (6%) imputándose el importe
" de su entrega a la cuenta "Subvenciones" que al efecto se abri-
" rá. 2. Pasando las ganancias líquidas del ocho por ciento el ex-
" cedente sobre este porcentaje será totalmente entregado al Esta-
" do y esto independientemente de las dos terceras partes a que
" alude el inciso anterior. 3. Llegado el caso previsto de ganancias
" anuales superiores al ocho por ciento el Estado tendrá derecho
" a intervenir en la fijación de las tarifas, siendo de su cuenta la
"restitución anual a la Empresa de la disminución que la aplica-
" ción de nuevas tarifas pudiera determinar en aquel ocho por
" ciento".

RAMAL ALGORTA-FRAY BENTOS. — Contrato de 6 de Julio lio de 1907. Cuarta: "Cuando el rendimiento neto de este ramal o
" extensión no excediese del 6% la Empresa lo retendrá para sí;
" pero en el caso de que la ganancia neta de este ramal calcu-
" lada con arreglo a lo que se establece en la base siguiente, fue-
" re superior, el excedente se dividirá así: un tercio a la Compañía
" y dos tercios al Gobierno hasta que produzca el 8% anual sobre
" el Capital garantido debiéndose destinar a devolución de ga-
" rantías todo exceso sobre estas sumas. En caso de que las uti-
" lidades líquidas excedan del ocho por ciento anual sobre el ca-
" pital garantido, el Gobierno podrá optar entre intervenir en las
" tarifas hasta reducir los resultados netos sobre el capital garan-
" tido a ocho por ciento o recibir dicho exceso, quedando enten-
" dido que en ningún caso podrá aumentarse el capital sin asenti-
" miento del Gobierno. Si hecha la reducción de tarifas los resul-
" tados del rendimiento fueran menores de ocho por ciento al año
" sobre el capital real, el Gobierno se compromete a completarlo".

FERRO CARRIL NORTE DEL URUGUAY. — Contrato de 28 de Octubre de 1887. También en este Ferrocarril la fijación de tarifas se rige por el artículo 31 de la Ley de 27 de Agosto de 1884.

FERRO CARRIL NOROESTE DEL URUGUAY. — Contrato de 31 de Julio de 1885. La fijación de tarifas se rige igualmente por el artículo 31 de la Ley de 27 de Agosto de 1884.

5. Cada vez que los ferrocarriles, por razón de los mayores gastos de su explotación, se han visto en la necesidad, al igual que todos los industriales y comerciantes, de aumentar sus entradas, ha surgido la discusión relativa a las tarifas, no faltando quienes, mientras obtienen precios mucho más altos por sus productos y encuentran muy razonable pagar más por las cosas de su propio consumo, muestran gran resistencia y hacen todo género de objeciones al aumento de los precios del transporte.

6. No obstante los reiterados requerimientos por parte de quienes tienen interés en que el Estado intervenga en la fijación de las tarifas de los ferrocarriles, los términos intergiversables de las concesiones no han permitido que prosperen esas iniciativas.

En el año 1920 los Doctores Manuel B. Otero y Justino Jiménez de Aréchaga presentaron un proyecto de ley sobre Homologación de tarifas, con el fin de que el Estado controlara libremente las tarifas de los ferrocarriles.

Este proyecto se fundó en el falso supuesto de que el derecho de establecer las tarifas, consignado en las respectivas concesiones, constituía un privilegio que habría caducado conjuntamente con las exenciones de derechos de aduana, impuestos, etc., etc.; y su inconsistencia quedó demostrada en aquella época mediante dictámenes emanados de los Dres. Eduardo Brito del Pino, Juan José Amézaga, Pablo De María, Luis Varela, y cuyas conclusiones han compartido en la actualidad los de los Doctores Raúl E. Baethgen, Aparicio Méndez, Arístides L. Delle Piane, Juan P. Zeballos y otros.

El referido proyecto de ley fué no obstante sancionado por el Senado, pero no prosperó porque el Gobierno consideró esa iniciativa desprovista de todo fundamento legal y equitativo.

7. Se puede afirmar entonces que el derecho de las Compañías en cuanto a la fijación de sus tarifas y el derecho del Gobierno a intervenir solamente cuando se hayan excedido los límites de ganancia convencionales, ha sido invariablemente reconocido por éste.

8. En Enero de 1931 se llegó a un acuerdo entre los representantes del Gobierno, que lo eran el Dr. Mendivil, Ministro de Hacienda, y el Ingeniero Benavídez, Ministro de Obras Públicas, y la Compañía del Central en cuanto al precio y condiciones de compra del ferrocarril por el Estado, y cuando sólo faltaba la aceptación defi-

nitiva del Consejo Nacional de Administración y del Directorio en Londres ,el valor del peso cayó repentinamente desde 49 a 19 peniques por libra esterlina, lo que motivó el fracaso de la operación.

En el año 1939, el suscrito entregó a las autoridades del Poder Ejecutivo un memorándum en el cual exponía la situación de la Compañía y la conveniencia del país en mantener en buenas condiciones sus ferrocarriles, lo que no podría lograrse sin la ayuda del Estado; y proponiendo consiguientemente la renovación de las garantías sobre la base de una más liberal intervención del Gobierno en la fijación de tarifas.

9. En el mes de Noviembre de 1944 me dirigí al Gobierno (Ministerio de Obras Públicas) expresándole:

"Hallándome recientemente en Londres tuve oportunidad de " cambiar impresiones con mis colegas del Directorio del Ferro " Carril Central y asistí a una reunión del Directorio con el Comité " de Tenedores de Debentures y Comisión de Finanzas a la cual " el Directorio debe rendir cuentas semestralmente para justificar " y conseguir la continuación de la moratoria sin la cual las obras " de renovaciones esenciales en las líneas no podrían llevarse a " cabo.

"En estas reuniones se me hizo conocer con toda claridad cual " es la posición de los propietarios de las líneas y la de los Tene- " dores de Debentures. Los propietarios exigen algún rendimiento " aunque sea modesto por los servicios que prestan sus ferroca- " rriles y los Tenedores de Debentures exigen el pago de sus inte- " reses; ambos grupos consideran la cosa más justa y razonable " que ellos puedan participar de la prosperidad general del país " que permite grandes ganancias en todas las industrias y donde " la legislación ha aumentado los sueldos y jornales de los traba- " jadores para que éstos puedan también participar de esa pros- " peridad.

"Frente a tal situación sería ilógico y poco justo que quienes " facilitan al país sus medios imprescindibles de transporte cola- " borando primordialmente en favorecer la riqueza para todos, fue- " ran los únicos que quedaran en la miseria.

"Como consecuencia de lo expresado y con el fin de obtener " nuevos recursos que le permitan satisfacer los justos reclamos " de sus propietarios y acreedores, la Empresa tiene en proyecto " otra suba de tarifas para después de terminada la zafra en curso.

"Este propósito no es conocido del público y precisamente he " postergado su anuncio con el objeto de hacerlo conocer previa- " mente al señor Ministro, ya que se trata de un asunto impor-

" tante para el país y en el cual, como se desprende de la nota " del señor Ministro, el Superior Gobierno se encuentra vivamente " interesado; y lo he postergado asimismo estimando que puede " ser conveniente para el Superior Gobierno estudiar el problema " con la Empresa con la alta finalidad de llegar por cualquier otra " vía a un acuerdo que contemple y satisfaga los anhelos e inte- " reses de ambas partes.

"Quedo a la disposición del señor Ministro para conversar " sobre el particular en cualquier momento, aunque me permito " señalar la conveniencia de tratarlo sin mayor demora en mérito " a la urgencia que las circunstancias imponen, pues para estu- " diar las distintas soluciones que podrían encontrarse, sería nece- " sario conocer por lo menos en términos generales cuales podrían " ser las ideas del Superior Gobierno".

Otra vez, en Enero de 1945, hice saber al Ministerio de Obras Públicas que la situación de la Compañía se tornaba cada vez más angustiosa y que en consecuencia me vería precisado a aumentar las tarifas a menos que el Gobierno hallara otra fórmula para un entendimiento con la Compañía. En esta ocasión el Gobierno me solicitó que presentara las propuestas que creyera oportunas.

Nuevamente en Abril de 1945, informé al Gobierno que no habiendo sido posible aún hallar la fórmula para otra solución, la Compañía, con el fin de poder satisfacer los intereses de los bonos hipotecarios (Debentures) y rendir el 2% a los accionistas ordinarios, se encontraba en la necesidad de aumentar sus tarifas a partir del 1º de Agosto. Pero, al hacer esta comunicación manifesté al Gobierno, entre otras cosas, lo siguiente:

"Aun cuando la Compañía tiene por sus concesiones el dere- " cho incuestionable de subir sus tarifas en la cuantía indicada, " está muy dispuesta a tratar con el Gobierno, por mi intermedio, " en el caso de que éste desee proponer otra manera de satisfacer " las justas aspiraciones de los propietarios y acreedores, ya sea " de compra, de la formación de una compañía de capital y pro- " piedad mixta, o de la renovación por el Estado de las garantías, " acordándole en cambio la Compañía el derecho que ahora no " tiene de intervenir en las tarifas".

En el mismo mes de Abril el Gobierno comunicó a la Compañía que había nombrado una Comisión Honoraria para que estudiara las propuestas formuladas.

Entre tanto, el tiempo transcurría y las necesidades de la Compañía eran cada vez más imperiosas, lo que la obligó a anunciar al público el aumento de tarifas a regir desde el 1º de Agosto de 1945, habiendo previamente informado también al Gobierno su propósito de hacerlo.

En tal oportunidad, el Gobierno, aceptando la situación, se limitó a solicitar de la Compañía y obtuvo de ésta, que no se aplicara el aumento a la ganadería y a los forrajes en la zona del Este comprendidos los departamentos de Treinta y Tres y Cerro Largo, en mérito a lo azotados que se habían visto por calamidades recientes.

10. A fines del mes de Mayo de 1945 la Comisión Honoraria referida pidió al suscrito algunos datos estadísticos relativos a la explotación y financiación de los ferrocarriles y la estimación del valor de sus líneas y propiedades; y con fecha 6 de Junio se hizo entrega a la Comisión de un amplísimo memorándum proporcionándole los antecedentes solicitados.

11. Mientras las Sub-Comisiones Técnica y Contable estudiaban estos antecedentes, la Sub-Comisión Legal se expidió, llegando en síntesis, a las siguientes conclusiones:

a) El derecho de las Empresas de fijar sus propias tarifas es un privilegio ahora vencido; y

b) En cualquier caso el Estado tiene "el derecho inmanente" de controlar las tarifas de las Empresas, no obstante los términos de las concesiones respectivas.

12. El informe de la Sub-Comisión consiste fundamentalmente en una repetición de los argumentos expuestos por los Senadores Otero y Jiménez de Aréchaga en el año 1920. El referido informe está firmado por los Doctores Juan Vicente Algorta, Alberto Ramón Real, Pedro M. Di Lorenzo y Tomás W. Tadeo.

Cuando este informe fué elevado por la Comisión al Ministerio de Obras Públicas los Ingenieros García de Zúñiga y Lenzi, lo suscribieron en discordia, expresando entre otras cosas lo siguiente:

"No creemos que pueda invocarse en este asunto el principio " del Derecho Inmanente, a lo menos con la latitud que lo hacen " los autores de dicho informe. Ningún empresario firmaría un con- " trato de servicio público, sabiendo que las cláusulas de su con- " trato podrían ser modificadas o anuladas aplicando ese Derecho " Inmanente.

....

"Toda doctrina jurídica tiene como fundamento la buena fé y " el buen sentido.

"La concesión del Central y demás empresas de ferrocarriles, " debe, pues, apreciarse desde esos dos puntos de vista sin buscar " interpretaciones a que no se presta la redacción clarísima de la

" cláusula, en ella contenida, y que consagra la libertad de la
" Empresa para fijar sus tarifas, salvo en el caso de excepción allí
" especificado y también, naturalmente, en la eventualidad abso-
" lutamente improbable de un aumento en la tarificación, tan
" exorbitante o extravagante que pusiera en peligro el comercio
" y las industrias del país, y que conspiraría, además, contra los
" propios intereses primordiales de la Empresa".

13. Posteriormente, la Comisión Honoraria después de estudiar el problema en todas sus faces llegó a las siguientes conclusiones, que hizo saber al Ministerio de Obras Públicas mediante la siguiente nota:

"La Comisión, luego de realizar un prolijo estudio de las fór-
" mulas propuestas, — garantías, explotación mixta y compra, —
" llega a las siguientes conclusiones, cuyos fundamentos se hallan
" expuestos en los antecedentes que se acompañan:

" PRIMERA: Que considera inconveniente y oneroso el régi-
" men de garantías, aún cuando fuera de carácter provisional.

" SEGUNDA: Que juzga desfavorable a los intereses públicos
" el sistema de explotación mixta, al menos en la forma en que
" éste ha sido propuesto.

" TERCERA: Que admite que la de la compra es la más con-
" veniente de las opciones presentadas.

" Que aunque la Comisión no está capacitada para pronun-
" ciarse definitivamente sobre el valor real de la Empresa, consi-
" dera que el precio estimado por ella es notablemente excesivo.

" Que la Comisión, al manifestar preferencia por esta fórmula
" con respecto a las anteriores, tiene presente de modo principal
" el servicio que pueden continuar prestando al país algunas de
" las líneas que integran la red de ferrocarriles, pero sin que
" entre en sus previsiones la posibilidad de que puedan obtenerse
" beneficios directos de la explotación.

" CUARTA: Que, no obstante, la Comisión considera que pue-
" den existir otras fórmulas además de las sometidas a su estu-
" dio, para atenuar los perjuicios de una eventual elevación de
" tarifas. Y que una de ellas podría consistir en la rebaja de las
" tasas de ciertos transportes en los cuales la economía del país
" estuviese especialmente interesada, procurando el ajuste de
" aquellas en base a una rebaja acordada por la Empresa, y a un
" subsidio extraordinario del Estado al productor.

" QUINTA: Que atendiendo la trascendencia del problema
" planteado y las cuestiones económicas, financieras y políticas
" que él involucra, la Comisión aconseja que el Poder Ejecutivo

"remita a la Asamblea General un Mensaje y Proyecto de Ley "proponiendo la constitución de una Comisión Especial, integrada "con delegados de los Poderes Legislativo y Ejecutivo, con el co- "metido de dictaminar sobre el procedimiento a seguirse para la "homologación de las tarifas y sobre las distintas propuestas "formuladas".

Ing. Eduardo GARCIA DE ZUÑIGA
Presidente.

Ing. Mario LENZI
Secretario.

14. La posición de las Empresas es, resumiendo:

a) Que el derecho de fijar sus tarifas libremente y por tanto sin la intervención del Estado, mientras no hayan sido excedidos los límites de ganancias establecidos por las concesiones respectivas, está en vigencia y no constituye ningún privilegio.

b) Que los contratos de concesión no pueden ser modificados unilateralmente por ninguna de las partes contratantes sin el acuerdo de la otra, y mediante convenios suplementarios libremente celebrados.

c) Que, por consiguiente, ninguna doctrina moderna de "derecho inmanente" puede ser aplicada a los contratos existentes para modificar unilateralmente sus condiciones y términos y que la intervención del Estado en las tarifas en la forma propuesta por la Sub-Comisión legal constituye nada menos que la violación de un contrato solemne.

d) Que si el Estado desea intervenir en las tarifas en otra forma que la dispuesta en los contratos de que es parte contratante, puede lograrlo mediante un arreglo con las Compañías sobre las alternativas propuestas por ellas, es decir, renovación de garantías, compañía mixta, o compra, u otra fórmula cualquiera libremente convenida.

e) Que de otra manera para obtener el Estado el derecho de intervenir por si solo en las tarifas como lo establece en su informe la Sub-Comisión jurídica, no tiene otra vía que la expropiación de acuerdo con las cláusulas pertinentes de las concesiones respectivas, o, en su ausencia, aplicando la ley de expropiaciones en vigencia.

15. Al tomar esta posición en cuanto a la faz legal del asunto, las Empresas se basan y se apoyan en los dictámenes jurídicos de reconocida autoridad expedidos en 1920 por los Dres. Brito del Pino,

De María y Amézaga, en 1936 por el propio Dr. Amézaga, y ultimamente, en 1945, por los Dres. Baethgen, Méndez, Delle Piane y Zeballos.

16. **Este prólogo contiene la historia suscinta del problema relacionado con las tarifas ferroviarias.**

Los estudiosos, los que se interesen por conocer más a fondo la vastedad de tan interesante asunto hallarán en la lectura de las páginas que siguen invalorables antecedentes para juzgarlo con amplio conocimiento, comprobando a la vez la justicia con que defiende su posición la Compañía.

Director y Administrador General.

Montevideo, diciembre 31 de 1945.

INDICE

PRIMERA PARTE

SEGUNDA PARTE

TERCERA PARTE

PRIMERA PARTE

a) Informe de la Sub-Comisión Jurídica Oficial.

b) Fundamentos de la discordia de los Ingenieros Eduardo García de Zúñiga y Mario Lenzi.

c) Nota de la Comisión elevando al Ministerio de Obras Públicas el informe de la Sub-Comisión Jurídica.

SEGUNDA PARTE

a) Dictámenes de los Dres. Eduardo Brito del Pino, Juan José Amézaga y Pablo de María, consultados por la Compañía.

b) Informe de la Comisión nombrada por el Gobierno para estudiar diversas cuestiones sobre ferrocarriles y especialmente de la Sub-Comisión Asesora integrada por los Dres. Eugenio Lagarmilla y Asdrúbal E. Delgado.

c) Nuevo dictamen de los Dres. Eduardo Brito del Pino, Juan José Amézaga y Pablo de María.

d) Opinión del Fiscal de Gobierno Dr. Luis Varela.

e) Nuevo dictamen del Dr. Juan José Amézaga.

f) Consulta requiriendo la opinión de los Dres. Raúl E. Baethgen, Aparicio Méndez, Arístides L. Delle Piane y Juan P. Zeballos.

g) Dictámenes de los Letrados mencionados.

TERCERA PARTE

Que contiene el escrito de la Compañía evacuando la vista que le fué conferida por el Ministerio de Obras Públicas.

PRIMERA PARTE

a) **Informe de la Sub-Comisión Jurídica Oficial.**

b) **Fundamentos de la discordia de los Ingenieros Eduardo García de Zúñiga y Mario Lenzi.**

c) **Nota de la Comisión elevando al Ministerio de Obras Públicas el informe de la Sub-Comisión Jurídica.**

I

INFORME DE LA SUB-COMISION JURIDICA DESIGNADA PARA DICTAMINAR SOBRE LA FACULTAD DEL ESTADO A INTERVENIR EN LA REGULACION DE LAS TARIFAS FERROVIARIAS

Fecha: 28 de junio de 1945.

Montevideo, junio 28 de 1945.

Señor Presidente de la Comisión para el Estudio de las soluciones propuestas por la Compañía del Ferrocarril Central del Uruguay.

Ingeniero don EDUARDO GARCIA DE ZUÑIGA.

De nuestra mayor consideración.

La Sub-Comisión que suscribe, designada a los efectos de dictaminar acerca de las atribuciones del Estado para intervenir en la regulación de las tarifas ferroviarias tiene el honor de elevar a Ud. el informe encomendado, el que se produce por unanimidad de opiniones de sus integrantes.

La Sub - Comisión ha tenido preferentemente en cuenta las valiosísimas opiniones emitidas en la oportunidad de estudiarse el mismo problema en los años 1920-1921, remitiéndose, en ese aspecto, en obsequio a la brevedad, a las versiones taquigráficas del Senado en que constan las opiniones de los Magistrados y Senadores que intervinieron en el debate.

Ha tenido muy especialmente en cuenta, antes de pronunciarse, las también valiosas opiniones emitidas en dicha oportunidad por los señores abogados Drs. Brito del Pino, De María y Amézaga.

Se ha recogido además la evolución del pensamiento jurídico doctrinario y jurisprudencial ulterior en la materia.

Estimamos que las conclusiones a que hemos llegado deben ser sostenidas como principio, sin perjuicio de las soluciones que la Comisión crea deber aconsejar en definitiva al Estado, dentro de las ofertas sometidas a su estudio.

INFORME

El artículo 11º de la concesión de 1877 establece: "La fijación de las tarifas de carga y pasajeros se hará por el Directorio de la compañía y no podrá variarse sin previos avisos en los diarios de la Capital, con treinta días de anticipación. El Superior Gobierno sólo intervendrá en ellas después que las utilidades líquidas lleguen al diez y seis por ciento anual".

Y el Art.º 13 dispone: "La línea queda siempre en propiedad de la compañía concesionaria pero los privilegios y exenciones que por esta concesión acuerda el Estado sólo durarán por el término de cuarenta años, contados desde la fecha en que se aprueban estas modificaciones".

Los abogados que defendieron la tesis de la empresa, Dres. De María. Brito del Pino y Amézaga, en consultas separadas y en una conjunta y

el Fiscal de Gobierno Dr. Luis Varela sostuvieron que el Art.º 11 no configuraba un privilegio en cuanto limita en favor de la empresa el derecho del Estado de intervenir en las tarifas, sino una carga aceptada por la empresa en virtud de la cual autoriza al Estado a intervenir en la regulación del precio del uso de la vía y medios de transporte de su propiedad. En consecuencia a su juicio no habría caducado la limitación al derecho de intervenir el Estado que significa el artículo 11º.

Tienen en cuenta la definición académica de privilegio, como gracia, favor o prerrogativa que concede el Superior o el poder constituído y dicen que no es ese el caso del Art. 11º porque la tarifa según ellos es un precio industrial y como tal lo fija el dueño de la empresa en principio, de modo que la intervención del Estado, aún cuando sea a partir de cierto límite, es en realidad una carga o limitación que se impone al derecho del empresario.

Como esto supone una concepción civilista absolutamente inaceptable sobre la naturaleza de las tarifas, que importa subvertir el orden lógico y natural de las cosas, pues se pretende hacer ver una limitación a un derecho de principio del propietario, donde no hay sino una limitación al inalienable poder de policía inherente al poder público soberano, se transcriben a continuación en lo pertinente esas opiniones que hoy nos parecen inconcebibles a la luz de la doctrina del derecho público universalmente admitido. Decía el Dr. Brito del Pino: "El Directorio las establece, no por privilegio que le acuerda el Estado, si no por derecho propio, ejercitando una facultad que tiene todo comerciante o industrial de fijar el precio de los artículos que venden o de los servicios que presta sin intervención de terceros". El Dr. De María expresa: "No debe olvidarse que según el Art. 13 del contrato de concesión, "la línea queda siempre propiedad de la compañía", ni que, según los principios generales de derecho, el dueño de la cosa lo es también de los frutos o rendimientos de la misma; de lo que se deduce lógicamente que la convención que limita las facultades del dueño en cuanto esos frutos o rendimientos, podrá ser todo lo que se quiera, menos la constitución de lo que se llame o deba llamarse privilegio a favor de él". El Dr. Amézaga decía: "Es evidente que prohibir a una empresa industrial obtener ganancias que excedan el diez y seis por ciento del capital empleado, no es limitar a esa empresa de una carga, y es evidente también que semejante limitación importa negar a dicha empresa la prerrogativa que tienen los capitales empleados en el comercio y la industria, los cuales, por regla general obtienen el máximum de los rendimientos posibles". Y concluía: "Todo lo que procede demuestra que no era un beneficio excepcional y sí, que era una limitación lo que se quiso imponer y se impuso con la cláusula 16 arriba citada. Esa cláusula no fué un privilegio, ni un beneficio; fué una verdadera limitación, una carga impuesta a la empresa en beneficio del público". El Dr. Luis Varela entendía que la disposición de la concesión que limitaba la intervención del Estado al caso que las utilidades líquidas excedieran al diez y seis por ciento es permanente porque no constituye uno de los privilegios que caducan a los cuarenta años, y esto porque, si bien esa limitación al derecho de intervención beneficia a la empresa, la intención habría sido la de limi-

tar el derecho del Estado y no a la de beneficiar a la empresa. En cuanto al derecho de la compañía de establecer las tarifas lo considera no como una emanación o delegación del Estado sino como una consecuencia de principio del derecho común, de la calidad de dueña de los medios de prestar el servicio: "La empresa, además de haber sido constructora de la vía es una empresa de transporte y como tal tiene, **como todo industrial** el derecho de establecer el precio del servicio..." por consecuencia, si se le reconoció el derecho de tarifar, no fué con el objeto de crearlo, puesto que ya existía por la condición de la empresa, sino con el objeto de limitarlo, como lo hizo enseguida la misma cláusula, y que fué en realidad lo único nuevo que se estableció. No es, pues, exacto, que el derecho de la empresa a fijar sus tarifas fuese un derecho del Estado, renunciado por éste a favor de la primera, y por consecuencia un privilegio sujeto a la caducidad de los cuarenta años, vencidos los cuales el Estado reasumiría sus facultades de tarifar".

En su consulta conjunta los Dres. Brito del Pino, De María y Amézaga insisten en que la limitación del derecho de intervenir el Estado no es un privilegio a favor de la empresa, sino una regulación legal del derecho de intervención lejos de ser una renuncia a la intervención.

Los Dres. Eugenio Lagarmilla y Asdrúbal Delgado, integrantes de una Comisión nombrada por el Ejecutivo, trataron el punto afirmando la tesis de la empresa sin fundarlo: "Respecto al primer punto, la letra de los contratos de concesión parece que no puede dejar lugar a dudas. Sólo en el caso en que el rendimiento de las empresas pase del tanto por ciento fijado, puede el Estado intervenir. Hasta tanto no se llegue a ese rendimiento, el Estado no tiene derecho, según las leyes respectivas, a intervenir en la determinación de las tarifas".

La doctrina actual sino discrepandi considera las tarifas de servicios públicos como tasas, es decir, como una manifestación del "taxing power" o poder impositivo inherente al poder etático: "Hoy, el derecho administrativo ve clara la naturaleza jurídica de la tarifa: es una tasa y por ella el concesionario participa en el ejercicio de la potestad tributaria. El acto jurídico que fija la tarifa es un acto-regla" (Informe del Dr. Juan José Carbajal Victorica, págs. 126-127 del libro "La Concesión de la Cooperativa Uruguaya de Transportes Colectivos S. A.". Montevideo 1944). Y en el país vecino el eminente profesor Bielsa en su trabajo sobre "Las tarifas de servicios públicos en el régimen de concesiones", publicado en Jurisprudencia Argentina, T. XLVII, pág. 427 y siguientes, expone también la tésis de que la fijación de tasas de servicios públicos es una manifestación del poder impositivo que implica un verdadero privilegio de interpretación restrictiva en la duda sobre la validez y extensión de la delegación.

He aquí por qué hoy nos parece totalmente inaceptable la posición de nuestros viejos e ilustres maestros de derecho civil: que sólo veían en las tarifas un precio análogo al que cobran todos los particulares o empresas industriales y comerciales por las cosas que venden o servicios que prestan. El derecho a fijar las tarifas de los servicios públicos es inminente, consustancial al Estado, de manera que su trasmisión a par-

ticulares siempre importa un privilegio como también importa un privilegio la limitación a ese derecho de intervenir mientras no se haya logrado cierto porcentaje de utilidades.

Es inconcebible que en el siglo XX, siglo del derecho social y del intervencionismo constitucionalizados se pretenda invocar contra el soberano poder de regulación económica de la comunidad, el segundo derecho de una empresa particular de disponer a su antojo en materia de tarifas de servicios públicos, porque es dueña de los vehículos y de las vías por las que se efectúa el transporte. Resulta ridículo, aparte de agraviante para la dignidad y los intereses vitales del país, que cada ciudadano debe estimar como su propia dignidad y libertad personales, que se nos diga que el poder de fijar tarifas sin ingerencia del Estado mientras no se obtengan utilidades líquidas del diez y seis por ciento no constituye un privilegio excepcional brindado por el Estado, temporariamente, a una empresa particular sino una carga que consiente la empresa, una concesión que la empresa hace al Estado, permitiéndole intervenir en sus precios privados si ellos exceden cierto límite. Demasiado sabemos que el Estado no pide permiso a los particulares para fijar el máximo del interés (ley de usura) para regular el precio de las subsistencias (leyes de 1917, 1939, 1941, etc.), para establecer el máximo de los alquileres (leyes de 1931, 1943, etc.), los salarios mínimos que pueden estipularse en el comercio y la industria privada, etc., etc.

¿Cómo admitir entonces, que el derecho de intervenir en las tarifas nada menos que de un servicio público típico emane de una concesión que graciosamente le hace al Estado una compañía particular en el caso que sus ganancias superen cierto porcentaje?

Es evidente que la tesis correcta es la que entiende que el Estado cuando concedió a la empresa el poder jurídico de fijar las tasas del servicio se desprendió parcial y transitoriamente de una potestad inherente a su poder impositivo derivado de la soberanía. La concesión de ese poder jurídico constituía un privilegio en favor de la empresa y el derecho de intervenir el Estado si las ganancias excedían al diez y seis por ciento constituía una limitación a ese privilegio mediante el restablecimiento del principio general. En consecuencia la mutilación excepcional a las atribuciones normales del Estado desapareció conjuntamente con los demás privilegios y exenciones, conforme a la cláusula 13 y desde ese momento procede la intervención que es el derecho común en materia de tarifas. sin la cortapisa de que los rendimientos líquidos superen al diez y seis por ciento.

Frente a estos principios dogmáticos supremos de derecho constitucional nada significan las interpretaciones exegéticas a base de presuntas intenciones de las partes.

No es lícito argumentar a base de presunciones contra principios definidos de derecho público que sólo podrían suponerse derogados, si ello fuera posible por voluntad particular o meramente legislativa, a base de textos expresos. Hoy no se discute que "la tarifa no tiene carácter contractual, es un acto reglamentario de la administración pú-

blica sobre el precio del servicio para el usuario"; que "la tarifa, para tener validez, debe ser necesariamente fijada u homologada por la autoridad pública"; "que la tarifa debe ser modificada según las necesidades económicas, sociales o políticas"; que "es inalienable el poder de la autoridad pública para adaptar la tarifa a las necesidades del servicio público"; que "la tarifa es obligatoria. El concesionario no puede modificarla sin la anuencia del concedente". (Números 2 y 3 del Capítulo IX, 1, 2 y 7 de la Sección IV del Capítulo X de las conclusiones de la Cuarta Conferencia Nacional de Abogados celebrada en Tucumán en 1936, págs. 425 y 426 del libro que contiene su "programa, antecedentes, versiones taquigráficas y anexos", Buenos Aires 1937).

En el Congreso Panamericano de Municipios en Chile se consagró la doctrina continental afirmada en el Congreso de La Habana, donde se habían recogido las conclusiones de la Conferencia de Abogados realizada en Tucumán, sobre concesión de servicio público. Se aceptó íntegramente la propuesta de la delegación uruguaya, a cargo del Dr. Caroajal Victorica. De las doce conclusiones aprobadas por unanimidad de votos, interesa destacar la sexta, la séptima y la octava, expresión categórica de la conciencia continental frente al problema:

"6º No se pueden limitar por contrato los poderes de policía y reglamentación de los Municipios sobre las concesiones de servicios públicos".

"7º Las tarifas de los servicios públicos municipales concedidos, en cuanto se refiere a su establecimiento y vigencia, deben quedar sometidas a la homologación por las autoridades municipales competentes".

"8º Las condiciones impuestas en los contratos de concesión de servicio público, reservando a la empresa concesionaria el derecho de iniciativa en materia de revisión de tarifas, no cambian la naturaleza de contribución pública de la tarifa, ni quitan el poder del Municipio para regular las tarifas según las exigencias públicas".

No faltaron compatriotas hace un cuarto de siglo que sostuvieron los principios publicistas que hoy se han impuesto definitivamente frente a un civilismo cuya improcedencia en materia de servicios públicos es cada día más evidente. Las Cátedras de Derecho Constitucional y de Derecho Administrativo, de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, representadas por el entonces Senador Dr. Justino E. Jiménez de Aréchaga y el entonces Fiscal de lo Civil Dr. Rodolfo Sayagués Laso y la Magistratura de Hacienda en la persona del Dr. Arturo Lapoujade, estuvieron a la altura de su misión en la defensa del interés público y en la afirmación de la tesis jurídica inobjetable.

El Fiscal de Corte Dr. V. M. Martínez, sostuvo la procedencia y necesidad de la intervención del Estado en materia de tarifas ferroviarias, pero condicionada a la previa sanción de una ley que le otorgara esa competencia al Poder Ejecutivo; basábase en que en virtud del Art. 13º

ha caducado la concesión de 1877. En consecuencia no procede la intervención prevista en la cláusula 11ª y tampoco la que es de principio, "porque todavía no se ha dictado una ley que prescriba la intervención del Estado en materia de tarifas, "después de vencido el término de las concesiones".

Los Fiscales de lo Civil y de Hacienda, Dres. R. Sayagués Laso y Arturo Lapoujade, se pronunciaron en favor de la procedencia de la inmediata intervención del Estado en "La determinación y cambio de las tarifas", que no pueden ser alteradas sin la expresa autorización del Poder Ejecutivo. Se fundaron en el carácter indiscutible de servicio público que tiene el transporte ferroviario en régimen de concesión y en el deber impericso que tiene la Administración Pública de "ejercer un amplio contralor respectivo del servicio ferroviario concedido en nombre del interés general. Consideraban a la luz de los antecedentes legislativos administrativos y doctrinales de los países civilizados que la intervención del Estado en las tarifas ferroviarias es "el derecho común general". Y pasando al examen del problema nacional concreto se pronunciaron en los términos precisos y categóricos, que transcribimos a continuación·

"No hay necesidad de una ley especial que establezca la intervención oficial; bastan y sobran las prescripciones de la Constitución, que inviste el Poder Ejecutivo de la misión de gobernar y de administrar, y dentro de los límites de esos poderes se hallan las facultades de velar con prudencia y firmeza sobre los servicios públicos, concedidos o no, a fin de que ellos funcionen en beneficio de todos los intereses sociales".

"Se dirá que el Estado ha limitado voluntariamente su poder por medio del contrato-ley de concesión de 13 de febrero de 1878, y que, por consiguiente, no está autorizado para ejercer control de especie alguna sobre las tarifas ferroviarias. Tal consideración no es fundada. El Art. 11 — parte final — de dicha convención-ley establece, en efecto, que " el superior Gobierno sólo intervendrá en la fijación y variación de las tarifas después que las utilidades líquidas lleguen al 16 % anual". Pero ese beneficio, de muy dudosa constitucionalidad, otorgado por los Poderes Públicos a los concesionarios del servicio, se ha extinguido por cláusula expresa del propio contrato-ley; esa restricción ha existido, sí. pero actualmente ha desaparecido".

"La cláusula 11ª había acordado un privilegio, un favor, una ventaja a los concesionarios, desde que el Estado abdicaba, hacía renuncia en beneficio exclusivo de ellos, de un derecho indiscutible, cual era el de controlar, la determinación y alteración de los fletes.

"Pero como la cláusula 13ª del contrato-ley estableció de un modo claro y categórico que "los privilegios y exenciones que por la concesión acuerda el Estado sólo durarán por el término de cuarenta años, contados desde la fecha en que se aprueben estas modificaciones", evidente es que aquel privilegio, es decir, la renuncia del control, ha caducado en el preciso instante de producirse el vencimiento de ese término, o sea el 15 de febrero de 1918· Por consiguiente, la autoridad gubernativa, libre

ya del compromiso que se impuso por esa cláusula 11, libre ya de ese vínculo o restricción excepcional, puede ahora ejercer soberanamente sus facultades de contralor sobre las tarifas de las líneas concedidas, porque el otorgamiento de ese privilegio exorbitante ha sido temporal y transcurridos los 40 años es forzoso aplicar el derecho común al servicio concedido. Ese derecho común consiste en el conjunto de facultades de inspección y control que tiene el Estado como órgano de los intereses colectivos, sobre todos los servicios públicos concedidos o no, y que constituyen el objeto de la Administración Pública".

"Se arguye que la precitada cláusula 11ª es una limitación, no un privilegio. Hay algo de sutileza en esa observación: no hay duda que en virtud de ese artículo de la concesión el Poder Público ha limitado todo su derecho de intervenir en la tarificación; pero precisamente en esa renuncia de sus facultades propias está el privilegio, el favor, la ventaja exorbitante que el referido decreto-ley instituye en beneficio exclusivo de los concesionarios".

"Suprimido ahora por el transcurso del término el obstáculo que le impedía ejercitar su derecho de intervención y control sobre la explotación del servicio concedido, en orden a las tarifas, el Poder Ejecutivo puede y hasta tiene el deber jurídico como gestor de los intereses comunes, de impedir sin su autorización los aumentos aludidos, si los considera injustos o abusivos".

"Ese privilegio no ha sido perpetuo, sino temporal, en cuyo caso se encuentran también las exenciones, es decir, la exoneración de cargas fiscales (derechos de importación e impuestos anexos, el tercio por mil sobre las acciones, etc.)".

"Hay quien llega a una conclusión más radical, sosteniendo que la concesión íntegramente ha caducado, y no tan sólo ese privilegio: y que la intervención del Poder Ejecutivo con respecto a las tarifas puede realizarse, pero por medio de una ley. Los infrascritos opinan que esa tesis es extremosa y forzada".

"En primer lugar, la concesión no ha caducado, porque lo que se ha concedido es la gestión del servicio y la Compañía concesionaria puede continuar desempeñándolo de conformidad con el derecho que le acuerda la parte primera del artículo 13 del contrato-ley, allí donde establece que "la línea queda siempre de propiedad de la Compañía concesionaria, y es obvio que las líneas de hierro son el servicio ferroviario mismo". "El mencionado artículo 13, al tratar de la caducidad por el vencimiento del término, se refiere tan solo a los privilegios y exenciones de impuestos, porque si se hubiera querido comprender a todo, se habría empleado otra redacción, sin hacer distingos, y se hubiera expresado, como es lógico, que todo, concesión, privilegio y exenciones, duraría sólo el término de cuarenta años".

"Si los favores y exoneraciones de gravámenes fiscales no han sido acordados a perpetuidad, en cambio es perpetua la concesión del servicio ferroviario, y de ello ya hay algunos precedentes en la legislación

patria, como las concesiones mineras, las de aguas para riego y las de aguas públicas para establecimientos industriales (artículos 575 y 605 del Código Rural)".

"En segundo lugar; las tarifas no constituyen propiamente impuestos, por lo que no es forzosa la intervención de la ley. No se ve, pues, por qué motivo la intervención oficial en materia de tarifas debe realizarse por medio de una ley especial".

"En tercer lugar, por último, por Superior Gobierno, designación empleada en el artículo 11 de la convención-ley, se ha conocido siempre en este país al Poder Ejecutivo; ambas denominaciones siempre han sido entendidas como equivalentes. Ahora bien: si en virtud del mismo artículo 11 interviene el Superior Gobierno, o sea el P. E., en el caso de cumplirse la condición que allí se indica, es incuestionable que el mismo Poder tiene también esa facultad en el caso de cumplirse el extremo enunciado en el artículo 13, o sea, al vencer el término del privilegio".

"Hacían luego los ilustrados Fiscales acopio de doctrina en el sentido de que si hubiera duda acerca del carácter de privilegio que tiene la cláusula 11ª, en la duda se debe fallar a favor de la Administración y contra el concesionario. Hoy esto es un principio consagrado de la jurisprudencia en la materia. Ver "Reglas de interpretación de las concesiones" en el citado informe del Dr. Carbajal Victorica, pgs. 118 a 120 del libro editado por la C. U. T. S. A., y conclusión cuarta del Congreso Panamericano de Municipios de Chile de 1941, que dice:

"4º La concesión del servicio público, por su naturaleza jurídica, es de interpretación restrictiva. Los gobernantes y administradores, al interpretar esos regímenes jurídicos excepcionales, deberán tener en cuenta la regla considerada más segura por la jurisprudencia Americana: "Nada debe considerarse concedido, si no ha sido dado en términos inequívocos o por una implicancia igualmente clara. La afirmativa debe ser demostrada; el silencio es negación; la duda es fatal al derecho de los concesionarios".

En el Senado de la República, en los años 1920-1921, los Senadores Dres. Otero y Jiménez de Aréchaga, demostraron con tal elocuencia y amplitud el derecho del Estado de intervenir en las tarifas ferroviarias, que hoy sería ocioso y superabundante hacer otra cosa que un esbozo de sus argumentaciones.

En su discurso de 19 de noviembre de 1920 el Dr. Otero decía con razón: "la facultad que tiene el Estado para regular las tarifas de los ferrocarriles es un asunto perfectamente definido en el Derecho Constitucional". "Lo difícil es condensar en breve exposición y con claridad, los principales argumentos históricos y constitucionales, jurídicos y prácticos, poniéndolos al alcance de las personas extrañas a la ciencia política, y que forman la mayoría del público".

Fundábase, en cuanto a textos del derecho positivo, en lo dispuesto por el Art.º 141 de la Constitución de 1919, correspondiente al 146 de la de 1830, el cual disponía: "Toda persona puede dedicarse al trabajo,

cultivo, industria o comercio que le acomode, como no se oponga al bien público o al de los habitantes de la República". Al Poder Legislativo correspondía determinar cuándo, en qué y cómo, el ejercicio de un trabajo, cultivo, industria o comercio se opone al bien público o al de los habitantes de la República, porque el inc. 3º del Art. 18 de la citada Constitución disponía, (lo mismo que el inc. 3º del Art. 17 de la de 1830 y que el inc. 3º del Art. 75 de la vigente) que a la Asamblea General compete "expedir las Leyes relativas a la independencia, seguridad, tranquilidad y decoro de la República; protección de los derechos individuales y fomento de la ilustración, agricultura, industria, comercio interior y exterior".

Entre los medios de protección está el de impedir la expoliación de la industria y del comercio por tarifas abusivas.

Actualizando la exposición del Senador Otero, lo único que debemos anotar en este punto es que el Art. 35 que en la Constitución vigente sustituye al Art. 171, invocado por dicho legislador, significa ahora, en su redacción actual, una afirmación mucho más expresa, definida y directa del poder de policía: "Toda persona puede dedicarse al trabajo, cultivo, industria, comercio, profesión o cualquier otra actividad lícita, salvo las limitaciones de interés general que establezcan las leyes". He aquí un poderoso argumento sistemático para reforzar la magnífica interpretación literal y exegética que del Art. 50 de la Constitución vigente nos brindara el Profesor Justino Jiménez de Aréchaga. ¿Como ha de suponerse menoscabado ese inalienable poder de policía que pertenece a la soberanía nacional, por privilegios concedidos a particulares por las leyes anteriores a la Constitución y que conforme a esas mismas leyes ya se habían extinguido? De nuevo el texto de la Constitución, aprobado por el pueblo que es lo único que vale como norma jurídica, contraría la pretendida e ineficaz voluntad de los Constituyentes, que no tiene valor porque no se expidió por los cauces formales pertinentes, única vía de creación del derecho por los órganos públicos.

Luego de establecer que la intervención del Estado en las tarifas es el principio de derecho común constitucional, abundó el Senador Otero en citas de la jurisprudencia americana, conformes todas en considerar exención o privilegio las cláusulas que eximen de control etático sobre las tarifas. Demostrado que la cláusula 11ª es una exención, "queda ella comprendida en la caducidad expresa de todas las exenciones después de los cuarenta años".

En sesión de 14 de diciembre de 1920, el Dr. Justino Jiménez de Aréchaga, maestro ilustre de derecho constitucional, refutó brillantemente la tesis de los abogados de la Empresa y demostró que caducado el "privilegio en el término de cuarenta años, el Estado reasume su facultad de intervenir en todo momento" en la fijación de las tarifas. En la misma sesión propuso y votó el Senado el siguiente proyecto de ley: "Artículo 1º Toda modificación de tarifas para servicios públicos concedidos, deberá ser homologada por el Estado. En tanto esa homologación no se produzca, continuarán rigiendo las anteriormente establecidas". "Art. 2º A los efectos del artículo anterior, el Consejo Nacional de Ad-

ministración constituirá una Comisión Especial de Tarifas, que deberá ser integrada con un miembro por lo menos, de cada Cámara. Art. 3º En caso de no poder producirse la homologación exigida por el Art. 1º, las tarifas serán fijadas por el Poder Legislativo, previa declaración de que las anteriormente establecidas son contrarias al interés público".

En sesiones posteriores los Senadores Otero y Jiménez de **Aréchaga**, agotaron el tema pulverizando uno por uno todos los argumentos en que los asesores de la empresa fundaban su oposición a la intervención del Estado. Demostró el Senador Otero, que, antes de la época de la concesión ya era conocida y fué aprobada por nuestras autoridades la regla de que la intervención del Estado en las tarifas ferroviarias es de principio y el "señor don Juan Alberto Capurro, uno de los ingenieros que había intervenido en la confección del pliego de condiciones, en que se reconocía el principio general de la intervención del Estado en materia de aprobación de tarifas fué una de las personas que vino a representar a la Empresa del Ferrocarril Central en sus tratos con el Gobierno cuando en 1878 se otorgó la concesión". El mismo señor Capurro decía poco después, informando el proyecto de ley de 1884. **"El derecho de intervención** que corresponde al Estado en las tarifas ferroviarias es **incontestable".**

El fallo **Munn v. Yllinois**, de 1877, que fijó la doctrina constitucional intervencionista, repercutió en el mundo entero, haciendo bajar los valores ferroviarios en Nueva York y en el extranjero, de modo que los sindicatos ingleses, siempre al corriente del movimiento mundial, no podían ignorar en 1878 el principio de derecho público. Así quedaban destruídos los pretendidos argumentos exegéticos, que atribuían a las partes en la concesión de 1878, la intención de que el beneficio que para la empresa significaba la limitación al derecho de intervenir del Estado no constituía un privilegio o exención contra los principios sino la condición de una carga anormal que la empresa consentía en beneficio del Estado.

En la sesión del 18 de febrero de 1921, ambos senadores, y en forma notabilísima por el rigor jurídico de su exposición el Dr. Jiménez de Aréchaga, aniquilaron la vista fiscal del Dr. Varela.

Finalmente concretaron su opinión en el sentido de que: 1º) No es necesaria una ley para la intervención por el Ejecutivo de acuerdo con lo que sostenían los Fiscales Sayagués Laso y Lapoujade; 2º) que la concesión misma ha caducado en cuanto a la explotación del servicio de acuerdo con lo que surge de sus Arts. 1º y 2º tal como lo sostenía el Fiscal de Corte, Dr. Victoriano Martínez; 3º) el Ejecutivo debía proclamar su derecho de intervenir y hacerlo no permitiendo la aplicación de tarifas no aprobadas por él y no recurrir a la formación de tribunal arbitral como equivocadamente lo hizo. La Suprema Corte, que debió pronunciarse sobre este punto, les reconoció plena razón declarando que "no corresponde someter a juicio arbitral la cuestión propuesta en el escrito de fs. 1 por los señores Fiscales de Hacienda y de lo Civil" (Sentencia de 28 de enero de 1921).

Si hubo algo que quedó tan claro en aquella discusión que puede

afirmarse sin lugar de dudas que está por encima de controversia, es el derecho y el deber del Estado de intervenir en las tarifas ferroviarias.

El Art. 50 de la Constitución de 1934 significó un nuevo elemento de juicio a tener en cuenta. Este artículo acoge rotundamente la tesis de que las tarifas de servicios públicos concedidos, no pueden entrar en vigencia sin la previa homologación de la autoridad pública. Pero se hizo en acta de la Constituyente la aclaración siguiente: "Que habiendo surgido dudas con respecto al alcance del Art. 49 del Capítulo Derechos y Garantías, la Asamblea Constituyente declara, como ya lo ha hecho la Comisión de Constitución que el citado Art. 49 no tiene efecto retroactivo" (T. II pág. 237).

Si se admitiese la tesis según la cual lo que dijeron los constituyentes debe primar sobre lo que dice la Constitución y votó el cuerpo electoral soberano, recién se plantearía la cuestión de si la aclaración votada influye en el problema. La aclaración formulada nada significa a favor de la tesis de la Empresa, como no sea que el problema queda en sus mismos términos que en 1920-1921 pues el nuevo artículo no se aplicaría a las concesiones anteriores. Esto, en la tesis más favorable a la Empresa; pues de acuerdo con teorías tan autorizadas como las de **Planiol y Capitant**, no es dar efecto retroactivo a un texto entender que rige para las consecuencias posteriores a su fecha de hechos o actos jurídicos anteriores a esa fecha **(Planiol Traité Elem. de Droit Civil. T. I. Nº 243 Capitant, Introduction,** 5ª ed. 1929 Nº 45 pág. 77).

De modo que de acuerdo con tan autorizadas opiniones no sería dar efecto retroactivo al Art. 50 entender que se aplica, de 1934 en adelante a los efectos posteriores de las concesiones anteriores.

Pero esta Comisión entiende que debe indiscutiblemente primar la voluntad intergiversable expresada en la letra por el órgano de decisión, el pueblo, titular de la soberanía en el acto trascendental de fundar un orden jurídico. En ese sentido hace enteramente suya la tesis del Profesor de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho Dr. Justino Jiménez de Aréchaga, expedida en consulta para esta Comisión y publicada en la Justicia Uruguaya (T. XI, págs. 53 a 55), en el sentido de dar al artículo 50 el significado que obviamente tiene de prohibir la vigencia de toda tarifa de servicio público no homologada por la autoridad.

CONCLUSIONES

1º Que la intervención del Estado en la regularización de las tarifas de servicios públicos concedidos en general y de ferrocarriles en particular es de principio, no sólo como derecho sino también como deber, puesto que se trata de una atribución irrenunciable de derecho público.

2º Esta Comisión coincide con la opinión de los ex-Fiscales de lo Civil y de Hacienda Drs. Sayagués Laso y Lapoujade y de los

Senadores Drs. Otero y Jiménez de Aréchaga en el sentido de que dicha intervención puede y debe hacerse por el Poder Ejetivo en virtud de su calidad de órgano máximo de la Administración, encargado del contralor de los servicios públicos en general.

La intervención del Estado tiene por objeto fiscalizar que las tarifas sean justas y razonables, debiendo equilibrar los intereses de la economía nacional con los de la Empresa concesionaria sin debido menoscabo de ninguno de ellos.

Saludan a Ud. atte.

Juan Vicente Algorta, Alberto Ramón Real, Pedro M. de Lorenzo, Tomás W. Tadeo.

DISCORDIA DE LOS INGENIEROS GARCIA DE ZUÑIGA Y LENZI

Los suscritos, Ings. E. García de Zúñiga y Mario Lenzi, no estamos de acuerdo con el informe que precede y fundamos nuestra discordia en las razones siguientes:

No creemos que pueda invocarse en este asunto el principio del Derecho Inmanente, a lo menos con la latitud que lo hacen los autores de dicho informe. Ningún empresario firmaría un contrato de servicio público, sabiendo que las cláusulas de su contrato podrían ser modificadas o anuladas aplicando ese Derecho Inmanente. Es cierto que los autores del informe adelantan la seguridad de que el principio en cuestión siempre se aplicará con criterio moderado y razonable. Pero, ¿quién puede resolver con imparcialidad y certeza cada caso particular que se presente? En el caso actual, por ejemplo, la Empresa del Ferrocarril Central en su nombre y en el de las otras empresas ferroviarias del país, pretende justificar en motivos de necesidad el aumento que proyecta en las tarifas, hasta de 30 %; mientras que la mayoría de la Comisión entiende que ese aumento es muy exagerado.

Los otros argumentos del informe no resisten a una severa crítica a fondo.

El argumento de autoridad que se esgrime, citando opiniones de distiguidos jurisconsultos, queda anulado con solo recordar el parecer de otros jurisconsultos, no menos distinguidos, que rechazan la tesis sostenida en el informe, según la cual el Estado podría oponer su veto a la aplicación de tarifas que no hubieran sido homologadas por él.

Hay también en aquel informe ciertas afirmaciones que no parecen basarse en hechos. Así, cuando se dice que el doctor Otero **pulverizó,** al ocuparse de esta cuestión en el Senado, hace muchos años, las opiniones de los que defendían que el Estado no puede intervenir en las tarifas sino en el caso de excepción contemplado en el mismo contrato de

concesión, la exageración es evidente. El doctor Otero no pulverizó a nadie, y, por lo demás, no se llegó entonces a ninguna decisión definitiva sobre el asunto, lo que no constituyó un triunfo de sus tesis, ciertamente.

Toda doctrina jurídica tiene como fundamento la buena fe y el buen sentido.

La concesión del Central y demás empresas de ferrocarriles, debe, pues, apreciarse desde esos dos puntos de vista sin buscar interpretaciones a que no se presta la redacción clarísima de la cláusula, en ella contenida, y que consagra la libertad de la Empresa para fijar sus tarifas. salvo en el caso de excepción allí especificado y también, naturalmente. en la eventualidad absolutamente improbable de un aumento en la tarificación, tan exorbitante o extravagante que pusiera en peligro el comercio y las industrias del país, y que conspiraría, además, contra los propios intereses primordiales de la Empresa.

En conclusión, y con las salvedades de mera forma recién apuntadas, opinamos que el Estado no tiene intervención en la fijación de las tarifas de ferrocarriles.

Ed. García de Zúñiga.

Mario Lenzi

NOTA DE LA COMISION ELEVANDO AL MINISTERIO DE OBRAS PUBLICAS EL INFORME DE LA SUB-COMISION JURIDICA

Montevideo, julio 11 de 1945.

Señor Ministro de Obras Públicas,

Don TOMAS BERRETA.

Señor Ministro:

Tengo el honor de elevar al señor Ministro el informe producido por la Sub-Comisión Jurídica que tuvo a su cargo el dictamen relativo al aspecto legal de la suba de las tarifas, y que la Comisión ha hecho suyo, con las discrepancias que en el mismo se consignan.

Estima la Comisión en mayoría que existe conveniencia en anticipar al señor Ministro este trabajo, no sólo porque él está referido a la primera cuestión planteada en el decreto de su constitución, sino también por entender que encara una fase del problema que por su índole podría ser objeto de consideración especial. Aún cuando en el texto de las conclusiones aprobadas se halla establecido claramente, la Comisión reputa de interés reforzar el concepto de que el reconocimiento de la procedencia de la intervención del Estado en la determinación de las tarifas no supone la admisión de la discrecionalidad en esa facultad sino que ésta debe ejercitarse de modo que contemple los intereses públicos y los de la Empresa en un plano de equidad.

El pronunciamiento es, pues, de principio solamente. Su aplicación práctica estaría condicionada al conocimiento y consideración de diversos factores, —como ser la situación económico-financiera de la Empresa, etc— que la Comisión estudia actualmente conjuntamente con las otras soluciones propuestas.

No obstante, se considera útil adelantar al señor Ministro el presente trabajo, sin perjuicio de hacerle llegar en oportunidad las conclusiones a que se arribe respecto de las distintas materias sometidas a su informe por el decreto del 18 de abril del corriente año.

Saluda al señor Ministro muy atte.

Ed. García de Zúñiga.
Presidente

Mario Lenzi.
Secretario.

SEGUNDA PARTE

a) Dictámenes de los Dres. Eduardo Brito del Pino, Juan José Amézaga y Pablo de María, consultados por la Compañía.

b) Informe de la Comisión nombrada por el Gobierno para estudiar diversas cuestiones sobre ferrocarriles y especialmente de la Sub-Comisión Asesora integrada por los Dres. Eugenio Lagarmilla y Asdrúbal E. Delgado.

c) Nuevo dictamen de los Dres. Eduardo Brito del Pino, Juan José Amézaga y Pablo de María.

d) Opinión del Fiscal de Gobierno Dr. Luis Varela.

e) Nuevo dictamen del Dr. Juan José Amézaga.

f) Consulta requiriendo la opinión de los Dres. Raúl E. Baethgen, Aparicio Méndez, Arístides L. Delle Piane y Juan P. Zeballos.

g) Dictámenes de los Letrados mencionados.

II

CARTA DE LA COMPAÑIA CONSULTANDO A LOS DRES. EDUARDO BRITO DEL PINO, JUAN JOSE AMEZAGA Y PABLO DE MARIA

Fecha: 3 de noviembre de 1920.

Montevideo, 3 de noviembre de 1920.

Señores doctores,
EDUARDO BRITO DEL PINO,
PABLO DE MARIA
JUAN J. AMEZAGA.

Presentes.

Muy señores míos:

En la última reunión de la Comisión nombrada por el Senado para ocuparse de la suba de tarifas el senador Dr. Otero me expresó que iba a sostener ante la Comisión y ante el Senado que la cláusula del Contrato de reorganización del Ferrocarril Central que le permite al Estado intervenir en las tarifas después de ganar el 16 %, caducó a los cuarenta años, junto con las exenciones de impuestos por importar esa cláusula uno de los privilegios otorgados al Ferrocarril.

Negué que tal cláusula importara un privilegio pues era una de las bases esenciales del Contrato y una condición fundamental para el establecimiento del Ferrocarril.

El doctor Otero, no obstante, se mantuvo en su opinión.

Como este asunto puede tener ulterioridades, estimaré a Uds. se sirvan expresarme si en su concepto esa cláusula ha caducado o no por el vencimiento de los privilegios y exenciones pactado en el artículo 13 del contrato.

Debo advertir que el límite de ganancias fué fijado en el 16 % en la concesión primitiva otorgada a los señores Daniel Zorrilla, Antonio M. Márquez, Juan Miguel Martínez, Juan D. Jackson, y otros por decreto de 4 de octubre de 1866 en estos términos:

Artículo 16. — "La fijación de las tarifas se hará por el Directorio "de la Compañía; interviniendo el Superior Gobierno en ellas, después "que las utilidades líquidas lleguen al 16 % y no podrán variarse sin "previos avisos en los diarios de la capital con sesenta días de anti"cipación".

En setiembre 29 de 1876, el Directorio de la Compañía pidió la modificación de algunas de las cláusulas del contrato cambiando la redacción del artículo 16 en esta forma: "La fijación de carga y pasajeros se "hará por el Directorio de la Compañía, interviniendo el Superior Go"bierno en ellas después que las utilidades líquidas lleguen al 16 % anual "y no podrán variarse sin previos avisos en los diarios de la capital con "treinta días de anticipación".

Esta cláusula con ligeras variantes, en la forma, se reprodujo en el artículo 11 del contrato de reorganización.

La propuesta de los señores Jackson, etc. fué calcada al menos en esa parte, en la del Ferrocarril Sud de Buenos Aires. El Estado, sin duda, admitió como límite de ganancias el interés corriente en la época desde que alguna restricción tenía necesariamente que poner.

Agradecido de antemano saluda a ustedes con el mayor aprecio.

Alfredo Bocage,

Presidente de la Comisión Local.

III

DICTAMEN DEL DR. EDUARDO BRITO DEL PINO (1)

Fecha: 6 de noviembre de 1920.

(1) Ex-Rector de la Universidad; ex-Miembro del Consejo de Estado; ex-Fiscal de Gobierno; ex-Decano de la Facultad de Derecho; ex-Profesor, etc. etc.

Montevideo, Noviembre 6 de 1920.

Señor Presidente de la Comisión Local
del F. C. C. del Uruguay,

Don ALFREDO BOCAGE.

Su Despacho.

Muy señor mío:

Según la consulta que usted se sirve hacerme, el doctor Otero expresó a usted que iba a sostener ante la Comisión y ante el Senado, que la cláusula del contrato de reorganización del Ferrocarril Central que le permite al Estado intervenir en las tarifas después de ganar el 16 %, "caducó a los cuarenta años, junto con las exenciones de impuestos, por "importar esa clásula uno de los privilegios otorgados al Ferrocarril".

Mi opinión es contraria a la tesis que trata de sostener el doctor Otero. En el artículo 11 del contrato de reorganización, que es la cláusula de referencia, no se otorgó ningún privilegio al Ferrocarril Central, y suponiendo que se pudiera calificar como tal la facultad de fijar sus propias tarifas, ese pretendido privilegio no habría caducado por el vencimiento del término de 40 años que establece el artículo 13 para casos muy distintos.

Con el texto del contrato a la vista, me parece fácil demostrarlo. El referido artículo 11 dice:

"La fijación de las tarifas de carga y pasajeros se hará por el Di-
"rectorio de la Compañía y no podrá variarse sin previos avisos en los
"diarios de la capital con treinta días de anticipación. El Superior Go-
"bierno sólo intervendrá en ellas después que las utilidades lleguen al
"diez y seis por ciento anual".

Desde luego debe notarse que el hecho de hacerse constar en el contrato de concesión que las tarifas serán fijadas, en general, por el Directorio de la Compañía, no importa atribuir a ésta un privilegio.

Por privilegio se entiende, según la definición académca, generalmente recibida, la gracia, favor o prerrogativa que concede el Superior o el Poder constituído, exceptuando o libertando a uno de alguna carga o gravamen, o concediéndole alguna exención de que no gozan otros.

Así, por ejemplo, la exención del derecho de importación, establecido en el contrato, con referencia a los materiales, útiles, y artículos que se introduzcan del extranjero para la construcción, uso y consumo exclusivo del Ferrocarril, como también la de no pagar cualquier otra contribución o impuesto por el término de 40 años, (artículo 2º y 13) importaban acordar a la Compañía verdaderos privilegios, por cuanto esas exenciones la libertaban de cargas o gravámenes a que están sujetos, en general, los industriales o comerciantes que necesitan introducir carbón u otros materiales, como todas las personas que tienen propiedades en la República.

Es evidente que esto no ocurre en cuanto al hecho de que la Compañía fije sus tarifas. El Directorio las establece, no por privilegio que le acuerde el Estado, sino por derecho propio, ejercitando la facultad que tiene todo comerciante o industrial de fijar el precio de los artículos que vende o de los servicios que presta sin intervención de terceros. El artículo 11 del Contrato no hace más que reconocer y constatar ese derecho, si bien con alguna restricción, aconsejada por razones de interés público y consentida por la Empresa, para el caso eventual de que sus utilidades fueran razonablemente remuneratorias.

Pero, aún cuando el derecho de fijar por sí sola las tarifas pertenecientes a la Compañía propietaria del Ferrocarril por estar comprendido en la facultad legal de administrar sus bienes, pudiera ser considerado como un privilegio, —lo cual es inadmisible,— aún en ese caso, tal derecho o privilegio no podría reputarse caducado, como se pretende, por el simple transcurso de cuarenta años, contados desde la fecha de la concesión.

En efecto: el derecho de fijar sus propias tarifas, no le fué reconocido a la Compañía por el término de cuarenta años, como las exenciones y privilegios a que se refieren los artículos 2º y 13 del Contrato. El ejercicio de esa facultad no está sujeto a un plazo fijo, establecido de antemano ni de 40, ni de más o menos años. Su duración depende de una circunstancia eventual, como es la de que las utilidades de la Compañía lleguen al 16 % anual, según lo pactado en el artículo 11. Esa circunstancia, que pudo haber ocurrido hace tiempo y que tal vez ocurra dentro de pocos años, no se ha presentado todavía, y es evidente de que mientras las utilidades de la Empresa, no lleguen al límite previsto y convenido en el citado artículo 11, no puede caducar el derecho de la Compañía a establecer por sí misma sus propias tarifas, estando como está pactado allí que "el Superior Gobierno sólo intervendrá en "ellas después que las utilidades líquidas lleguen al 16 %".

Esta facultad eventual acordada al Gobierno para intervenir en la fijación de las tarifas del Central, es la única que podría ser considerada como un privilegio acordado, no a la Compañía, sino al Gobierno y contra ella, en cuanto importa, aunque por razones respetables, autorizar para intervenir en la administración de bienes ajenos. Pero, en ese mismo caso, considerada como privilegio la intervención eventual gubernativa en las tarifas ferroviarias, no cabría hablar por ahora de su caducidad, puesto que no ha llegado el caso previsto en el contrato para que el Gobierno pudiera llevar a efecto su posible intervención.

De manera que, en realidad, no solamente no ha caducado el privilegio del Gobierno, de intervenir en determinado caso en la fijación de las tarifas del Central, sino que ni siquiera ha empezado a correr plazo alguno para ejercerlo, ni ha ocurrido el hecho eventual que únicamente pudiera darle base legal para intervenir con arreglo al contrato, que ambas partes están igualmente obligadas a respetar.

Saludo a usted atentamente,

Eduardo Brito del Pino

IV

DICTAMEN DEL DR. JUAN JOSE AMEZAGA (1)

Fecha: 8 de noviembre de 1920.

(1) Presidente de la República; ex-Ministro de Estado; ex-Diputado Nacional; ex-Embajador; ex-Presidente del Banco de Seguros del Estado; ex-Profesor; etc. etc.

Montevideo, Noviembre 8 de 1920.

Señor Presidente de la Comisión Local,

Don ALFREDO BOCAGE.

Presente.

Muy señor mío:

En mi opinión el contenido de la cláusula 16 del contrato de concesión arriba transcripta, no constituye un privilegio, y, por el contrario, importa una limitación de los derechos de la Compañía. Tanto en su significado corriente, como en su significado jurídico la palabra "privilegio" excluye toda limitación de ganancias según el diccionario de la Academia Española, privilegio es la gracia o prerrogativa que concede el Superior exceptuando o libertando a uno de una carga o gravamen. Es evidente que prohibir a una Empresa industrial obtener ganancias que excedan del 16 % del capital empleado, no es libertar a esa Empresa de una carga, y es evidente también que semejante limitación importa negar a dicha Empresa la prerrogativa que tienen los capitales empleados en el comercio y en la industria, y los cuales, por regla general obtienen el máximum de los rendimientos posibles. Según las leyes vigentes en la época en que se otorgó la concesión del Ferrocarril Central, privilegio, es la gracia o prerrogativa que se concede a alguno libertándolo de alguna carga o gravamen o confiriéndole algún derecho de que no gozan otros (Ley 1 - Título II - Partida 1ª y Ley 2 - Título 18 - Partida 3ª) No se libertó a la Empresa de un gravamen al prohibirle ganar más del 16 % del capital empleado, ni se le confirió al establecer este límite, un derecho negado o no reconocido a otras personas. Al contrario; lo que todo el mundo podía hacer, el derecho reconocido a todo capitalista de emplear su capital en la forma que más le conviniere, el derecho de todo propietario de sacar el mayor provecho de lo que es suyo, fué limitado en parte, desconocido al negar a la Empresa del Ferrocarril el derecho de ganar más del 16 % y, digo que fué desconocido, porque autorizar al Estado para rebajar las tarifas cuando las ganancias exceden del 16 % es prácticamente lo mismo que prohibir al capital empleado obtener un rendimiento superior a ese porcentaje.

Tal vez se argumente diciendo que una ganancia de 16 % es excesiva y que constituye un verdadero privilegio.

Pero, en mi opinión, no es posible interpretar en esa forma la cláusula de la concesión. Un rendimiento de 16 % no era excesivo en la época en que se otorgó la concesión y no lo es hoy para las explotaciones industriales en general. En aquella época el interés legal era del 12 % anual (Ley de 4 de Abril de 1838), y el Estado colocaba su Deuda Pública de 12 o|o de interés anual al 90 o|o. (Véase Eduardo Acevedo, Historia Financiera del Uruguay, tomo 1, página 198). Y, cuando el interés que pagaban el Estado y los particulares por colocaciones de dinero a interés sin riesgo, sin peligro excedía del 12 % anual, no puede considerarse

un beneficio extraordinario reconocer a una Empresa que iniciaba la explotación de los ferrocarriles un interés de 16 % anual.

Y, si se dijera que dentro de las fronteras del país no deben buscarse términos de comparación, convendría recordar que las concesiones otorgadas por otros países más grandes y en plena prosperidad en aquella época, contienen cláusulas análogas a lo que examino de la Concesión del Ferrocarril Central.

En Francia, las primeras concesiones de ferrocarriles establecen la reducción de las tarifas solo cuando el dividendo en promedio de los 15 últimos años excediera del 10 %.

En Inglaterra la ley de Agosto de 1844 autorizaba la intervención del Estado cuando hubieran transcurrido veintiun años de la concesión, y siempre que el rendimiento acuse un dividendo de 10 % anual como promedio de los últimos tres años. Sin embargo, esta intervención del Estado obligaba a éste: 1º A garantir a la Compañía durante veintiun años como mínimum el 10 % de interés; 2º A no proceder a nueva intervención en las tarifas sino después de un período de otros veintiun años.

A fines del siglo XIX las Compañías continuaban siendo dueñas de las tarifas.

En España la ley de Noviembre de 1877 estableció el derecho de revisión de las tarifas cada cinco años, pero, según la mayor parte de las concesiones el Estado sólo puede proceder a la revisión de las tarifas cuando el producto neto de los capitales consagrados a la Empresa exceda del quince por ciento. Picard. Explot. Comm. des. ch. de fer. pág. 70.

En Holanda regían disposiciones análogas. En 1875, es decir, muchos años después de otorgada la concesión del Ferrocarril Central se dictó una ley reconociendo el derecho a los capitales empleados en los Ferrocarriles a un rendimiento neto de 8 %.

La ley Federal Suiza del 23 de Setiembre de 1872 (posterior a la concesión del Ferrocarril Central) establece que las modificaciones de las tarifas deben ser publicadas, —e impone el principio de la igualdad de tratamiento para el público y comercio en general. No establece limitación para los beneficios. (Picard —obra citada pág. 72).

Todo lo que precede demuestra que no era un beneficio excepcional, y sí, que era una limitación lo que se quiso imponer y se impuso con la cláusula 16 arriba citada. Esa cláusula no fué un privilegio ni un beneficio; fué una verdadera limitación, una carga impuesta a la Empresa en beneficio del público. La disminución de la tasa del interés en épocas posteriores ha hecho aparecer ese porcentaje como demasiado elevado, pero, esta apreciación no puede tener influencia para modificar el alcance y valor jurídico de esa cláusula.

Saludo a usted atentamente,

Juan J. Amézaga

V

DICTAMEN DEL DR. PABLO DE MARIA (1)

Fecha: 8 de noviembre de 1920.

(1) Ex-Rector de la Universidad; ex-Senador; ex-Ministro de la Suprema Corte de Justicia; ex-Decano de la Facultad de Derecho; ex-Profesor; etc. etc.

Montevideo, Noviembre 8 de 1920.

Señor Presidente de la Comisión Local,

Don ALFREDO BOCAGE.

Ciudad.

Muy señor mío:

La Empresa al invertir y arriesgar sus capitales en la construcción y explotación del Ferrocarril, estaba naturalmente interesada en fijar tarifas que le produjeran buenas utilidades, pero, a su vez, el Estado tenía interés en limitar esas utilidades, y, por consiguiente, esas tarifas, contemplando las conveniencias del público. Había, pues, al celebrarse el contrato de concesión, dos intereses, en cierto modo opuestos entre sí, que era preciso conciliar, y fueron conciliados por medio del artículo 11 que estableció que el Gobierno solamente intervendrá en las tarifas una vez que las utilidades líquidas lleguen al diez y seis por ciento. La estipulación contenida en el citado artículo 11 del contrato no fué, pues, respecto de la Empresa, la concesión de un favor, ni la liberación de una carga, sino la conciliación contractual de los intereses de la misma Empresa y los del público, tutelados por el Estado; y esto excluye en absoluto la idea de que dicha estipulación constituya una exención, o un privilegio.

La norma para la fijación de las tarifas, —norma necesaria para armonizar los intereses de la Empresa con los del público, no quedó indefinida ni dudosa, en el contrato de concesión; quedó categóricamente establecida, en el susodicho artículo 11, y ese artículo, siendo, como es, una estipulación contractual legalmente establecida, obliga como la ley misma a las partes contratantes, aunque una de ellas sea el Estado, y hasta con mayor razón por ser éste una de dichas partes contratantes, porque el Estado, como órgano y regulador del orden jurídico en la sociedad, debe ser el primero en dar el ejemplo de fidelidad escrupulosa en la observancia de los pactos que celebra y en el respeto del derecho ajeno.

La ley de 27 de Agosto de 1884 dispone en su artículo 31 que "siem-
"pre que un Ferrocarril produzca más del doce por ciento de utilidad
"sobre el capital invertido, el Poder Ejecutivo podrá intervenir en la
"fijación de las tarifas a fin de rebajarlas después de oída la Empresa,
"y en su artículo 36 dice así: "Las garantías y privilegios que se acuer-
"dan por esta ley, durarán por el término de cuarenta años, a contar
"desde la fecha de la concesión". Ahora bien: ¿puede entenderse que la disposición del citado artículo 31 es un privilegio y deja, por consiguiente, de regir, después de los cuarenta años, según el artículo 36? Indudablemente no. En corroboración de esto puedo citar unas palabras del

distinguido profesor de Derecho Administrativo, doctor Luis Varela, o sea de un profesor cuyas conocidas tendencias doctrinales no pueden ser tachadas de contrarias a los verdaderos derechos y legítimos intereses del Estado. Las palabras a que me refiero y de las cuales subrayaré algunas para llamar la atención respecto de ellas, son las siguientes: "Establece el artículo 36 de la ley del 84 que las garantías y privilegios "que por ella se acuerdan durarán por el término de cuarenta años, a "contar desde la fecha de la concesión. Este artículo no puede referirse "a otra garantía que la del interés, única de que la ley habla, ni otros "privilegios que los de carácter personal, diremos así, o sea los que sean "en beneficio particular y directo de las Empresas, en cuyo caso no hay "otro que el relativo a la exención de impuestos.

"Los de carácter real, o sea las prerrogativas que las Empresas go- "zan en beneficio del trazado, construcción y explotación de las líneas, "o como representantes de la Administración y autorizadas, por con- "siguiente, para ejercer los derechos de ésta en el ramo de obras pú- "blicas, son de carácter permanente e inseparables de las líneas". (Dr. Luis Varela. Apuntes de Derecho Administrativo. Legislación especial de obras públicas, página 377).

La inclusión en el contrato de concesión del Ferrocarril Central del Uruguay, de la cláusula de que el Gobierno solamente intervendrá en las tarifas cuando las utilidades líquidas lleguen al diez y seis por ciento, no fué una originalidad. El núcleo de capitalistas encabezado por don Daniel Zorrilla, al consignar esa cláusula en la propuesta que presentó y que, aceptada por el Gobierno, se convirtió en el contrato de concesión de 4 de Octubre de 1866, no hizo más que reproducir con algunas modificaciones la cláusula análoga que, desde el 28 de Agosto de 1863, regía en la Provincia de Buenos Aires, con relación al Ferrocarril del Sud, y decía textualmente así: "El Gobierno tendrá el derecho de intervenir "en la fijación de las tarifas, durante el período de la garantía, siem- "pre que las utilidades líquidas excedan del quince por ciento al año". Y, ¿se ha entendido, acaso, en Buenos Aires, que la referida cláusula constituye un privilegio? Se ha entendido, naturalmente, lo contrario, según resulta de la Ley General de Ferrocarriles en la Provincia de Buenos Aires, promulgada el 17 de Agosto de 1880. El capítulo 3º de dicha ley se titula Privilegios de las Empresas, el capítulo 4º se titula Gravámenes y obligaciones de las Empresas, y es en este último y no en el otro, no en el referente a los privilegios de las Empresas, donde está incluída la cláusula que dice: "Siempre que un Ferrocarril produzca "más de un doce por ciento de utilidad sobre su capital invertido, el "Gobierno podrá intervenir en la fijación de las tarifas, a fin de reba- "jarlas después de oída la Empresa". Luego, se ha entendido, como lógicamente debía entenderse que la citada cláusula no es en manera alguna un privilegio de las Empresas. En cuanto limita el derecho de obtener ganancias que indispensablemente corresponde y debe corresponder a las Empresas, dicha cláusula es más bien un gravamen para estas mismas, y así se explica perfectamente que la ley de la Provincia de Buenos Aires la haya incluído en el capítulo intitulado "Gravámenes y obligaciones de las Empresas".

No debe olvidarse que, según el artículo 13 del contrato de concesión, "la línea queda siempre propiedad de la Compañía", ni que, según los principios generales de derecho, el dueño de la cosa lo es también de los frutos o rendimientos de la misma; de lo que se deduce lógicamente que la convención que limita las facultades del dueño en cuanto a esos frutos o rendimientos, podrá ser todo lo que se quiera, menos la constitución de lo que se llama y debe llamarse privilegio en favor de él.

En resumen opino, sin ningún género de duda, que el artículo 13 del contrato de concesión del Ferrocarril Central del Uruguay, en cuanto establece que "los privilegios" y exenciones que por esta concesión acuerda el Estado sólo durarán cuarenta años, nada tiene que ver con la regla que, sobre la fijación de las tarifas, estatuye el artículo 11 del mismo contrato de concesión.

Pablo de María.

VI

INFORME DE LA COMISION NOMBRADA POR EL GOBIERNO CON EL COMETIDO DE ESTUDIAR LAS CUESTIONES RELATIVAS AL HORARIO, TRANSPORTE DE GANADOS Y DEMAS PUNTOS RELACIONADOS CON EL SERVICIO PUBLICO DE LOS FERROCARRILES DEL PAIS

Fecha: 30 de agosto de 1920.

Exmo. Señor Ministro de Obras Públicas.

Arquitecto HUMBERTO PITAMIGLIO.

Exmo. Señor:

Tengo el agrado de llevar a conocimiento de V. E. que la Comisión que presido, en sesión del jueves pasado, acordó le fuera transcripto a V. E. el informe de la Sub-comisión Asesora (1) sobre la extensión de cometido de la comisión (2).

Dice así:

Los derechos del Estado, dentro de las concesiones de los ferrocarriles pueden ser estudiadas desde dos puntos de vista principales: la posibilidad de intervenir en cuanto a la fijación de las tarifas y la misma posibilidad en cuanto a las demás condiciones del cumplimiento de las obligaciones de las Empresas y sobre todo, respecto a aquellas obligaciones en que está comprometido el interés público.

Respecto al primer punto la letra de los contratos de concesión parece que no puede dejar lugar a dudas. Solo en el caso en que el rendimiento de las Empresas pase de un tanto por ciento fijado, puede el Estado intervenir. Hasta tanto no se llegue a ese rendimiento el Estado no tiene derecho, según las leyes respectivas, a intervenir en la determinación de las tarifas. De modo que el problema se reduce al hecho de saber si los rendimientos de las Empresas pasan o no el límite señalado por la ley. Si pasan el límite el Estado puede intervenir en las tarifas y no puede si ese límite no ha sido excedido.

Ahora en lo que se dice relación con el segundo punto (el saber si el Estado debe tener el derecho de velar porque el servicio público sea atendido debidamente), la solución debe ser distinta.

No existen disposiciones particulares en las leyes de ferrocarriles y las concesiones otorgadas, para cada caso especial, pero de la propia naturaleza del contrato y de la existencia de ciertas reglas consagradas por las leyes y reglamentos, surge la conclusión que se apunta.

Los contratos deben ejecutarse de buena fe y por consiguiente obli-

(1) Compuesta de los Dres. Eugenio J. Lagarmilla y Asdrúbal Delgado.

(2) La Comisión de Trasportes que aprobó el informe de la Sub-Comisión estaba compuesta, según decreto de 13 de Agosto de 1919 por los Sres. Diputados Don Pedro Aramendía, Dr. Asdrúbal Delgado y Sr. Federico Arrosa por la Asociación Rural; Dr. Eugenio J. Lagarmilla e Ingeniero Carlos Arocena por la Federación Rural; Don Serapio Urán (hijo) y Don Julio C. Barreira por la Cámara Mercantil de Productos del País; Agrimensor Dn. Francisco J. Ros y Don Francisco E. Graffigna por la Comisión Nacional de Fomento Rural; Ingeniero Dn. Arturo V. Rodríguez, Jefe de la Dirección de Ferrocarriles, Don Guillermo Botte, Director del Control e Ingeniero Dn. Luis Andreoni.

gan, no solo a los que ellos se expresan, sinó a todas las consecuencias que según su naturaleza sean conformes a la equidad, al uso o a la ley.

Y bien, un contrato de concesión para la explotación de un servicio como el transporte ferrocarrilero debe tener por fin llenar las necesidades que se tuvieron en vista para la implantación de ese servicio y no cumpliría sus obligaciones el concesionario que, por causas que le fueran imputables, no lo hiciera en forma eficaz.

Pero hay algo que debe tenerse en cuenta cuando se trata de determinar los derechos y obligaciones de las partes que han celebrado el contrato de concesión. Las concesiones para un servicio público son convenciones sui generis que no confieren otros derechos útiles que los que se estipulan a favor del concesionario, los cuales resultan de las cláusulas expresas del contrato o bien de los que resultan de la voluntad presunta de las partes y de las reglas de la equidad natural.

No quiere esto decir que las reglas ordinarias de derecho civil no puedan aplicarse por analogía, sobre todo cuando se trata de las nociones generales y esenciales de todas las convenciones o cuando estén de acuerdo con la naturaleza de las cosas y la equidad. Pero frente a una verdadera concesión que otorga un derecho de uso privilegiado no pueden olvidarse que los principios de derecho público les son aplicables en gran parte. Se ha dicho con razón que al lado de los derechos públicos que incumben a los concesionarios se encuentra el poder administrativo del Estado, que imprime a esos derechos un carácter esencialmente precario y revocable. Aún en las concesiones plenas, hechas a título oneroso, el Estado conserva la alta dirección, la superintendencia de las cosas del dominio público, los derechos de policía y alta administración relativos a la explotación, o al servicio público de las vías concedidas. El Estado no renuncia, ni puede renunciar en virtud de la concesión de sus deberes y derechos de soberano que consisten ante todo en asegurar el destino público de las cosas y a reglamentar este destino conforme a las exigencias de interés general.

En resumen puede decirse que la concesión para construir un ferrocarril es de naturaleza mixta: de interés privado en cuanto a los beneficios del tráfico por la explotación concedida y de interés público en lo que se refiere a la explotación misma como servicio público de transporte. En el primer caso el Estado está ligado por las obligaciones pactadas; en el segundo la concesión tiene un carácter administrativo y el Estado conserva siempre la facultad no sólo de asegurar el buen funcionamiento del servicio, sino hasta de modificar las condiciones de la concesión siempre que el concesionario sea indemnizado cuando a ello hubiere lugar.

No debe olvidarse que el Estado debe regir sus actos con un criterio de amplia equidad, de acuerdo con el cual deben ser contempladas las condiciones en que las empresas se hallan, en determinado momento, cuando ese estado de hecho no ha sido producido por culpas imputables a las mismas.

Hay una serie de disposiciones de la ley y su reglamentación de que confirman los principios sentados.

La obligación de conservar en buen estado el ferrocarril y todas sus dependencias, de modo que la circulación sea segura y fácil; la de tener el personal necesario para asegurar el libre tránsito de los trenes en las vías y la circulación ordinaria de los pasos a nivel con los caminos públicos; el deber de tener en los trenes de pasajeros carruajes de todas clases en cantidad suficiente para el transporte de todas las personas que se presenten en la boletería y en fin· para no citar otros. la obligación general establecida en el artículo 53º del Decreto Reglamentario que obliga a las Empresas a efectuar constantemente con esmero, exactitud y prontitud y con toda imparcialidad, el transporte de pasajeros, animales, mercaderías y objetos cualesquiera que se le remitan, todo esto demuestra que las empresas tienen obligaciones positivas al respecto y cuyo cumplimiento no puede quedar librado a su sola voluntad.

Tales son las conclusiones a que ha arribado la Subcomisión informante, en virtud de las razones que en forma breve y concreta se han expuesto.

Saludo a V. E. con atenta consideración.

Eugenio Lagarmilla, Guillermo Botte, Ricardo Martínez Quiles.

VII

DICTAMEN DE LOS DRES. EDUARDO BRITO DEL PINO, PABLO DE MARIA Y JUAN JOSE AMEZAGA

Fecha: 6 de diciembre de 1920.

6 de Diciembre de 1920.

Señor Presidente de la Comisión Local del
Ferro Carril Central del Uruguay.

DON ALFREDO BOCAGE.

Señor Presidente:

Accediendo al deseo de esa Comisión, que Ud. se sirve expresarnos, no tenemos inconveniente en ampliar con nuevos argumentos la refutación, ya plenamente hecha en nuestras contestaciones anteriores, de la tesis errónea sostenida ante el H. Senado sobre pretendida caducidad del derecho de la Compañía del Ferro Carril Central a fijar sus propias tarifas en las condiciones pactadas en el artículo 11 de su concesión.

La ingerencia del Estado en la fijación de las tarifas, restringiendo facultades que competen exclusivamente a la Compañía mientras el rendimiento no llegue al 16 o|o y que han sido consagradas sin limitación de tiempo en contratos solemnemente celebrados y que deben ser fielmente cumplidos, imponiendo arbitrariamente la caducidad de una condición vigente y convenida de común acuerdo, importaría a nuestro juicio un acto atentatorio cuya realización confiamos no ha de encontrar ambiente favorable en el H. Senado.

El Estado está obligado a acatar el contrato de concesión mediante el cual atrajo los capitales a radicarse en el país, y no puede lealmente desconocerles la garantía que con ellos pactó, sin limitación de tiempo, de que podrían obtener una utilidad razonable, y de que, mientras no llegaran a ella, convenida en 16 o|o, se abstendría de intervenir en la confección de las tarifas.

Y esa condición, según lo demostraremos, no es anticonstitucional, ni es exención ni privilegio, ni ha caducado sino que está en perfecta vigencia y debe ser respetada.

I

LA CUESTION CONSTITUCIONAL

Un punto de partida nos parece indiscutible. Los contratos de concesión, habiendo sido sancionados por el Poder Legislativo, tienen fuerza de ley, son verdaderas leyes, y, no pueden considerarse inconstitucionales. Aún cuando hubiera un texto constitucional del cual se pudiera inferir en favor del Estado la reserva de la facultad de fijar los precios de determinados servicios de carácter público, los contratos-leyes de concesión habrían interpretado ese texto constitucional en el sentido de que esa facultad se ejercía evitando que las ganancias de las empresas

excedieran de porcentajes determinados. El Art. 132 de la Constitución de 1830, reproducido con el Nº 176 en la Constitución de 1917, establece que corresponde exclusivamente al Poder Legislativo la facultad de interpretar o explicar la Constitución; y las concesiones, como leyes que son, tienen la virtud de encarar a la vez la interpretación auténtica que el Poder Legislativo ha dado a los textos de la Carta Fundamental, y la aplicación que el Estado ha hecho de sus facultades discrecionales al convenir contractual e irrevocablemente una cláusula que reconoce a la Empresa del Ferro Carril Central libertad para fijar sus tarifas hasta el límite de ganancias que se ha convenido como razonable, y que reserva al Estado que en cierto modo interviene y vigila el derecho de modificar esas tarifas cuando las ganancias llegaren a sobrepasar el porcentaje de común acuerdo establecido.

Aún en los Estados Unidos, donde existe organizado el recurso de revisión de la constitucionalidad de las leyes, se admite la validez de una renuncia absoluta hecha por ley a intervenir en las tarifas de los Ferrocarriles, si bien se exige que esa renuncia sea expresa (Willoughby — The Constitutional Law of the United States, Tomo II —Nº 501).

En nuestro país, el Estado ha establecido por contrato uno de los diferentes sistemas que se han aplicado en el mundo para la determinación de las tarifas de ferrocarriles. No hay violación de ningún precepto constitucional y tampoco hay verdadera renuncia del Estado a intervenir en las tarifas o verdadera exención de intervención oficial sobre las mismas.

Hay una intervención del Estado en las tarifas, que, lejos de ser una exención, se estableció como carga y sigue pasando como limitación del derecho de la empresa. En consecuencia, colocándose en esta supuesta situación inconstitucional, la facultad de intervenir del Estado subsistiría y no habría sido nunca renunciada.

Es sabido que la intervención del Estado en las tarifas se ha efectuado siguiendo diversos sistemas. La mayor o menor prosperidad de los países, su organización administrativa, sus conceptos de gobierno, y la época, han influído para la adopción de los diversos sistemas. En Francia en las primitivas concesiones de ferrocarriles, el Estado no se reservó una acción muy directa sobre la tarificación. En la concesión del ferrocarril de Mulhouse a Thann se estableció que si después de treinta años, y al finalizar cada período de quince años, los dividendos acordados a los capitales invertidos en la empresa excedieran de diez por ciento, las tarifas se reducirían en proporción del excedente. Disposiciones análogas contiene la concesión de Estrasburgo a Basilea. Posteriormente y en épocas recientes, la intervención del Estado en la explotación comercial de los ferrocarriles, se ha acentuado, pero se han mantenido siempre el Estado y las compañías "en la posición respectiva de dos partes contratantes que tienen derechos y obligaciones recíprocas, de donde resulta que el Gobierno no puede proceder en muchos casos sino por vía de persuasión. Así ocurre con las tarifas. Las tarifas máximas se determinan en las concesiones, de acuerdo entre la Administración y el concesionario, sin que la primera tenga derecho de iniciativa para re-

" bajarlas; tiene simplemente el derecho de aprobar o rebajar las pro-
" posiciones del concesionario, pero carece de un poder de mando sobre
" el último, que, en definitiva, es libre de mantener la situación estable-
" cida, negándose a toda innovación. El Ministro no tiene luego el dere-
" cho de modificar las tarifas, ni un derecho de iniciativa sobre las mis-
" mas (cuyo máximun fijan las concesiones) ni el derecho de pro-
" nunciar la última palabra que corresponde siempre a las compañías
" que siempre están en tiempo de negarse a aceptar las reservas que ha-
" ga el Gobierno a la homologación." (Thevenez — Legislation de Chemins de Fer. Pág. 334).

El sistema francés, si bien establece la necesidad de homologación por el Estado, reconoce una tarifa máxima en las concesiones, y en definitiva las compañías, a pesar del contralor del Estado, tienen reconocida su situación de parte contratante frente al Estado, y se respetan los derechos que les acuerdan sus respectivos contratos de concesión.

En Inglaterra, la ley de Agosto de 1844 autorizaba la intervención del Estado cuando hubieran transcurrido 21 años de la concesión, y siempre que el rendimiento acusase un dividendo de 10 o|o anual, como promedio de los últimos tres años. Sin embargo, esta intervención del Estado obligaba a éste: 1º: A garantir a la Compañía durante 21 años como mínimun el 10 o|o de interés; 2º: A no proceder a nueva intervención en las tarifas sino después de un período de otros 21 años.

A fines del siglo XIX las compañías continuaban siendo dueñas de las tarifas.

En España, la ley de Noviembre de 1877 estableció el derecho de revisión de las tarifas cada cinco años, pero, según la mayor parte de las concesiones, el Estado sólo puede proceder a la revisión de las tarifas cuando el producto neto de los capitales consagrados a la empresa exceda del 15 o|o. (Picard. Explot. Comm. des Chemins de Fer Página 70).

En Holanda regían disposiciones análogas. En 1875, es decir varios años después de otorgada la concesión del Ferro Carril Central, se dictó una ley reconociendo el derecho a los capitales empleados en los ferrocarriles a un rendimiento neto de 8 o|o.

La ley Federal Suiza del 23 de Setiembre de 1872 (posterior a la concesión del Ferro Carril Central), establece que las modificaciones de las tarifas deben ser publicadas, e impone el principio de la igualdad de tratamiento para el público y comercio en general. No establece limitación para los beneficios. (Picard, obra citada, Pág. 72).

En los Estados Unidos la legislación y jurisprudencia de ferrocarriles difiere esencialmente de la nuestra. Iniciada la construcción de los ferrocarriles bajo un régimen de plena y completa libertad, por regla general nada se estipuló sobre tarifas, ni sobre intervención del Estado, ni sobre revisión de las tarifas cuando las utilidades excediesen de un porcentaje determinado. Para asegurar al público un buen servicio, los americanos todo lo esperaban de la concurrencia. Nada exigieron a las

compañías y nada les concedieron, a no ser en lugares despoblados, extensiones desiertas de tierras fiscales. Pero la concurrencia, de la cual se esperaban grandes beneficios, fué considerada por las compañías como un perjuicio que debía ser eliminado, ya fuera mediante la formación de truts, o ya fuera recargando las tarifas de las líneas o parte de las líneas no sometidas a concurrencia, para rebajarlas en los puntos en que se sufría la competencia de otras compañías. Y, si aparecen en puntos secundarios que sólo cuentan con una línea férrea para el movimiento de cargas y pasajeros, tarifas intolerables. y en otros puntos tarifas extraordinariamente bajas. No tardaron las empresas en procurar favores especiales para industrias y comercios de propiedad de las mismas empresas, o conectadas con ellas, lo que representaba acordar a las empresas de transportes la totalidad del dominio comercial e industrial del país. Tarifas mínimas o transportes casi gratuitos para las industrias y comercios de la empresa, y tarifas elevadas para las industrias y comercios de otras personas. El monopolio del transporte permitía el monopolio de todas las industrias y de los comercios del país.

"La necesidad del contralor se hizo sentir —dice Colson— y si las "concesiones que conferían a las compañías los poderes necesarios para "extender ferrocarriles no organizaban un contralor especial, esto no "impedía que, como acarreadores comunes, quedaran sujetos a las leyes "que se pudieran dictar sobre la materia. Y así, este contralor que el dere-"cho común permite establecer por vía legislativa, sin que su alcance "esté determinado por el contrato como en Francia (o en el Uruguay) pue-"de llegar hasta fijar un máximun para los precios, pero este contralor po-"dría ser abusivo sino estuviera limitado por las garantías (que no exis-"ten, permítasenos intercalar la salvedad, ni en el Uruguay ni en Fran-"cia) que la Constitución Federal de los Estados Unidos acuerda a to-"dos los ciudadanos. Se sabe que el legislador no tiene en los Estados "Unidos la importancia que tiene en Inglaterra, donde es tan poderosa "dice un viejo proverbio, que puede hacer todo. excepto de un hombre "una mujer. La Corte Federal puede anular toda decisión que aplique "una ley de un Estado o del Congreso Federal, que sea contraria a la "Constitución. Ahora bien: la Constitución no se limita a organizar los "poderes públicos; ella contiene además disposiciones esenciales que "protegen la libertad y la propiedad. **La Corte Suprema puede detener "la aplicación de toda ley que llegue a la confiscación parcial o total de "la propiedad, y, ha sido usando de esta facultad, que ella ha protegido "la propiedad constituída a favor de las compañías de ferrocarriles contra atentados abusivos encubiertos en ciertas medidas dictadas bajo el "pretexto del control."**

Estas afirmaciones de Colson se hallan confirmadas en numerosas sentencias de las Cortes Norteamericanas.

La intervención del Estado se ha producido en Norte América cuando en las concesiones no se estableció nada sobre las tarifas o cuando en las mismas se dejó el precio del transporte librado al criterio de los propietarios de los ferrocarriles. Así se hace constar en el tomo 33 del Lawvers Report Anoted cuando establece lo siguiente:

"**Que las compañías de ferrocarril hacen un servicio público, estando " sujetas al control legislativo en cuanto a sus tarifas de pasajeros y " cargas, salvo que estén protegidos por sus concesiones.** Así está resuelto " directa o implícitamente en los siguientes juicios: Chicago, B & Q· R. " Co. versus Cutts, 94 U. S. 155, 24 L. ed. 94; Winona & St. T. R. Co. v. " Blake, 94 U. S. 180, 24 L. ed. 99, Affirming Blake v. Winona & St. T. R. " Co· 19 Minn. 418, 18 Am. Rep. 345; Dobb v. Beidelman, 125 U. S. 680, 31 " L. ed. 841, 2 Intern. Com. Rep. 56. Affirming 49 Ark. 325; Peik v. Chi. " cago & North W. R. Co. 94 U. S. 164, 24 L. ed. 97; Stone v. Farmers " Lean & T. Co. 116 U· S. 307. 29 L. ed. 636; Georgia R. & Bkg. Co. v. " Smidt, 128 U. S. 174, 32 L. ed. 377; Norfolk & W. R. Co. Pendleton, 156 U. S. 667. 39 L. ed. 574; Burlington C.R.I.N.R. Co· v. Dey, 82 Iowa, 312. " 12 L.R.A. 436, 3 Inters. Com. Rep. 548; St. Louis & S.F.R. Co· v. Gill,54 " Ark 101, 11 L. R. A. 452; Chicago I. R. N. W. R. Co. v· Dep. 35 Fed. Rep " 866, 1 L. R. A. 744, 2 Inters. Com. Rep. 325; Tilley v. Savannah, F. W. " R. Co. 4 Woods, 449, 5 Fed. Rep, 641; Amis v. Unión T. R. Co 64 Fed " 165 4 Interns. Com. Rep. 835; Laurel Fork & S. H. R. Co. v. West Virgi- " nia Trans. Co. 25 W. Va. 324; Mc. Gregor v Ire R. Co. 35 N. J. L. 115; " State Board of Transportation v· Fredmont E. & M. V. R. Co. 22 Neb. " " 313". (Página 179).

" Se sostiene en el caso Toledo v. North Western Ohio Nat Gas. Co " 5 Ohio C. C. 557, que una compañía de gas que contrae con una ciudad " la obligación de suministrarlo a sus habitantes, dedica su propiedad a " un uso público, a tal extremo que se justifica que la legislatura pueda " establecer una reglamentación razonable de sus tarifas, **si esto puede " hacerse sin menoscabo de las obligaciones del contrato".**

" Una compañía de gas, **sin una disposición especial en su conce- " sión en cuanto a lo que pueda cobrar por el gas o por los contadores,** " está sujeta a una ley posterior restringiendo el precio a cobrarse por " el uso de los contadores." (State Atty· Gen. v. Columbus Gas light & Co. " 34 Ohio St. 572).

" Una compañía de gas en una ciudad o aldea, con concesión de la " legislatura, está sujeta a una ordenanza regulando el precio del gas,— " Ohio Rev. Stat. párrafo 2468, **donde el derecho de fijar sus propios pre- " cios no ha sido especialmente otorgado a la Compañía en su conce- " sión,** aunque ella no contenía ninguna reserva en cuanto al derecho " de alterarla o modificarla. Zanesville v. Zanesville Gaslight Co. 47 Ohio. " St. 1" (Página 181).

"Un decreto de Massachesetts obligando a una Compañía ferrovia- " ria a la venta de 1000 boletos de una milla por $ 20.00, y a aceptar pa- " ra el transporte los boletos emitidos por otras compañías fué conside- " rado inconstitucional en Atty Gen. v. Old Colony R. Co. 160 Mass. 62. " 22 L. R. A. 112, porque se quería obligar el transporte de pasajeros a " crédito de otras compañías; pero la Corte declaró que la legislatura — " **salvo que fuera impedida por algún contrato** — podía establecer cons- " titucionalmente tarifas para los ferrocarriles dentro del Estado"· — (Pág. 180).

Cuando ha existido, pues, un contrato fijando el peaje, ese contrato ha sido respetado.

El estudio de los diversos sistemas nos indica que no hubo una renuncia de las facultades del Estado al otorgarse la concesión del Ferro-Carril Central y al dictarse las leyes de 1884 y de 1888 que reconocen a las empresas ferrocarrileras un margen de ganancia para los capitales empleados y que autorizan la intervención del Estado cuando se exceda de ese margen que ha sido considerado como razonable.

En conclusión, puede afirmarse que la cuestión de las tarifas no plantea una cuestión constitucional por las siguientes razones: Primero, porque los contratos-leyes de concesión significan la interpretación auténtica hecha por el Poder Legislativo de los textos de la Carta Fundamental; Segundo, porque en los contratos-leyes de concesión se establece uno de los sistemas en uso en el mundo civilizado sobre el contralor que se reserva el Estado sobre los fletes de ferrocarriles; Tercero, porque en todos los países se han respetado y se respetan las concesiones, las cuales no pueden ser modificadas por la voluntad unilateral de los contratantes.

II

EXENCIONES Y PRIVILEGIOS

La concesión del Ferrocarril Central establece lo siguiente: "Art. 11. "La fijación de las tarifas de carga y pasajeros se hará por el Directorio "de la Compañía y no podrá variarse sin previos avisos en los diarios de "la Capital con treinta días de anticipación. El Superior Gobierno sólo "intervendrá en ellas después que las utilidades líquidas lleguen al diez "y seis por ciento anual".

La Ley General de Ferrocarriles de 1884 establece lo siguiente: — "Art. 31. Siempre que un Ferrocarril produzca más del doce por ciento "de utilidad sobre el capital invertido, el Poder Ejecutivo podrá inter-"venir en la fijación de las tarifas a fin de rebajarlas después de oída "la Empresa".

La Ley de Ferrocarriles de 1888 establece lo siguiente: "Art. 7º. En "todo contrato de concesión se estipulará la tarifa máxima de los pre-"cios que la Empresa podrá cobrar al público, siendo facultad del Poder "Ejecutivo exigir reducción de las tarifas e intervenir en su formación "desde que el Ferrocarril produzca más de ocho por ciento. En este caso, "la reducción de tarifas se limitará al exceso sobre el ocho por ciento "que corresponda al Estado por devolución de garantía, y de acuerdo "con el Art. 17 de la ley de 27 de agosto de 1884".

Puede decirse que el sistema Nacional, aunque en porcentajes variados, es el mismo en los tres casos, y se resume en esta fórmula:

El Estado mantiene su vigilancia y su control para evitar que las

Empresas obtengan ganancias que no sean razonables. La Ley declara que exceden de los límites razonables las ganancias del Ferro Carril Central cuando superen al 16 % del capital empleado, y que exceden de los mismos límites en los casos de las otras concesiones cuando superen los porcentajes fijados por las leyes de 1884 y 1888.

En los Estados Unidos se han presentado casos en que el Estado ha renunciado a intervenir en las tarifas, y se ha establecido que esa renuncia es una exención en favor de las compañías.

Nuestro sistema de legislación ferroviaria no ha acordado jamás tal exención.

Desde el primer día y desde que se abrió el primer kilómetro de vía al servicio público, el Estado intervino en cierto modo en las tarifas, para impedir que la Empresa obtuviera ganancias que excedieran del por. centaje que contractualmente se estableció como utilidad razonable para los capitales empleados. No ha existido en ningún momento exención de parte del Estado, el cual ha mantenido día por día su intervención, por intermedio de la Oficina de Control de Ferrocarriles, y esa intervención ha comprobado que los derechos del Estado se respetaban escrupulosamente y que las ganancias de las Empresas no llegaban a los límites fijados como razonables de común acuerdo entre el Estado y dichas Empresas.

No ha existido privilegio ni exención para la Empresa del Ferrocarril Central, porque el Estado, desde el primer día de la concesión, ha mantenido su vigilancia y su contralor sobre las tarifas para evitar que éstas se elevaran en proporción de dar a los accionistas dividendos que excedieran de los porcentajes convenidos en la concesión.

¿Dónde está la exención? ¿Está acaso en la vigilancia que momento a momento mantiene el Estado para evitar que la Compañía obtenga ga. nancias superiores a los porcentajes convenidos?

Exención existe cuando como ha ocurrido en algunas concesiones americanas, el Estado renuncia a intervenir en las tarifas; exención hay cuando, como ocurre en otras concesiones Americanas, se establece que la Compañía fijará libremente los precios del contrato de transporte. Pero, cuando desde el primer día se impone el control del Estado, cuando se prohibe ganar un interés sobre el capital empleado superior al corriente para los negocios de riesgos análogos, cuando el Estado estudia y vigila momento a momento las utilidades de la Empresa para impedir que ésta obtenga utilidades superiores a las que se han convenido como razonables, — no se puede hablar de que hay renuncia por parte del Estado a intervenir en las tarifas, ni se puede sostener que la Compañía goza de la exención de intervención del Estado.

La jurisprudencia Americana ha resuelto casos en que existía una renuncia del Estado a intervenir. Pero, no ha resuelto, ni ha considerado como exenciones, aquellos casos en que el Estado **ha intervenido,** prohibiendo que las ganancias excedieran los porcentajes establecidos

como ganancias razonables. Entre los casos contradictorios que podrían presentarse de fallos de las Cortes Americanas, podemos tomar alguno de aquellos que se invocan como antecedentes contrarios al Ferrocarril Central, y con ellos demostrar que se refieren a situaciones diversas de la que en este momento se discute.

En efecto, se ha citado el presente caso· — " Así que el poder expreso " en la concesión de una compañía ferroviaria para exigir las tarifas " que crea razonables, siempre que no excedan un máximum especificado, " se sostuvo en el caso Philadelphia W. & B. R. Co. v. Bowers, 4 Houst. " (Del. 506), que constituían un contrato que no podía ser cambiado por " legislación posterior, sino existía una reserva de poder de alterar la " concesión ".

" Así que una disposición en una concesión ferroviaria que permite " a la compañía fijar, regular y percibir de tiempo en tiempo los peajes " y tarifas a cobrarse, fué considerada que creaba un contrato válido y " obligatorio que no podía ser alterado por legislación posterior de las " tarifas, caso Farmers'Loan etc. Co· v. Stone (Miss) 18 Cont. L. J. 472"

" Pero esta decisión fué revocada por la Corte Suprema de los Esta- " dos Unidos, sosteniendo que tal disposición en la concesión no consti- " tuía un contrato, pero que dejaba libre al Estado dentro de los límites " de su autoridad general para declarar lo que fuere considerado razona- " ble. Stone v. Farmers' Loan T. Co. 116 U.S. 307, 29 L. ed. 636 ".

Pues bien: Las concesiones y leyes nacionales han establecido los porcentajes de ganancias que deben dar las tarifas. Lo que exceda de esos porcentajes no es razonable. Lo que se obtenga para llegar a ellos es razonable.

¿Hay en ésto exención alguna de parte del Estado?

No. Al contrario, hay intervención. Nuestro legislador no quizo confiar a la libre concurrencia la limitación de las tarifas, y tampoco quizo dejarla librada a la decisión ulterior de las autoridades competentes. Y, prefirió intervenir desde un principio prohibiendo aquellas ganancias que consideró excesivas y estableciendo por medio de porcentajes lo que el derecho ferroviario americano ha dejado librado al fallo de las Cortes. es decir, la determinación de lo que es o no es razonable. De este modo lo que en Estados Unidos es materia de un pleito entre las compañías y el Estado, entre nosotros lo decide la ley. Razonables son las ganancias que lleguen a los porcentajes que la ley fija, — y no razonables son aquellas que excedan de esos límites.

No puede negarse que el sistema nacional tiene la ventaja de que no sólo evita la necesidad de seguir pleitos para establecer cuál es la ganancia razonable, sino que además evita las cuestiones que surgen cuando se quiere establecer por decisión de jueces lo que es razonable.

. Qué diferencia y elasticidad de criterio, qué campo abierto a la arbitrariedad y a los errores, a los errores y arbitrariedades de buena fe, se entiende, en que pueden incurrir los jueces!

Un ferrocarril que se inicia en plena guerra internacional, — durante el período final de la guerra del Paraguay, — que extiende sus líneas en un país conmovido por frecuentes revoluciones, — que soporta los perjuicios de las épocas felizmente pasadas de las guerras civiles, que se traducen en una considerable disminución de tráfico, — que sufre destrucciones de puentes, materiales y vías por parte de los revolucionarios, es un ferrocarril que emplea sus capitales con riesgos que no se pagan con los intereses corrientes en las operaciones de segura colocación de capitales.

Y bien: Precisamente estos riesgos son materia de especial consideración por parte de la jurisprudencia americana cuando se trata de establecer lo que es razonable y lo que no es razonable en materia de ganancia de los ferrocarriles.

Es de imaginar las dificultades en que se encontraría un juez que tuviera que fijarlas. Pero nuestra ley ha evitado esas dificultades al establecer el porcentaje de ganancia legítima que el Estado reconoce a los capitales empleados en los ferrocarriles.

La jurisprudencia americana ha reconocido que la situación del país en que se extiende una línea con la expectativa de ganancias futuras que compensen las pérdidas o escasas ganancias de los primeros años de explotación, es un elemento que debe tenerse en cuenta al fijar las tarifas. En el fallo Metropolitan Trust Co. de Nueva York con Houston y T. C. R. Co. (10 casos), se estableció:

"El valor de un ferrocarril, como el de cualquier otra propiedad co-
"mercial, podrá ser una cuestión de crecimiento; y su localidad, buena
"voluntad, y negocio asentado, son elementos que deben tomarse en
"cuenta al determinar tal valor. Podrá haberse construído en una época
"cuando las condiciones del país que atraviesa eran tales que no
"prometían esperar grandes ganancias inmediatas, y haber sido man-
"tenido y operado por ellos sin rendimientos para sus propietarios, quie-
"nes legítimamente pudieron haber confiado en el desarrollo futuro de
"los territorios vecinos y del tráfico para valorizar y hacer productiva
"la propiedad; y en tal caso un mero cálculo del costo de la renovación
"de las obras de arte de la vía no es base sólida para determinar su va-
"lor, como el capital sobre el cual tienen derecho los accionistas a cobrar
"dividendos, y como la base para la fijación de tarifas de cargas y pa-
"sajeros por el Estado".

Fundando el fallo se dice: "Estudiando estos casos según lo demos-
"trado en el caso de la Compañía Houston & Texas Central Railroad, me
"parece claro que el sistema de tarifas adoptado y puesto en vigencia
"por la comisión no da a los propietarios de esta empresa la igual pro-
"tección ante la ley, y despoja a los propietarios y accionistas de su
"propiedad, sin justa compensación, y que, por lo tanto, se debe consi-
"derar que las tarifas son demasiado bajas, injustas y "confiscatory" y
"no deben aceptarse y no puede permitirse que se pongan en vigencia.
"Como se ha dicho anteriormente, los casos pidiendo amparo en cada
"uno de los otros juicios parecen tener más fuerza que el caso de la

" compañía Houston & Texas Central Railroad; y las pruebas demues-
" tran claramente, a mi juicio, que el sistema de tarifas impuesto es, en
" lo que se refiere a cada una de las líneas demasiado bajo, injusto y
" confiscatory". En consecuencia, se concede lo solicitado en cada escri-
" to, al estremo de eximir a los ferrocarriles de adoptar las tarifas pro-
" mulgadas por la comisión, y prohibiendo a la comisión y al Procurador
" General de ponerlas en vigencia, y prohibiendo a todos los reclamantes
" de entablar juicios contra el ferrocarril, o a ninguno de sus jefes, por
" la no observancia del sistema de tarifas promulgadas por la comisión".

Todas estas cuestiones se han evitado con el sistema nacional que es uno de los sistemas de control del Estado sobre las tarifas usado en el universo, y que, bueno o malo, hay que aplicarlo, porque es el de la ley y porque es el del contrato, en el cual está empeñada la palabra del Estado

III

CRITERIO DE INTERPRETACION

La interpretación gramatical de los textos de los contratos-leyes de concesión lo mismo que la interpretación lógica conducen a la conclusión de que la cláusula que establece que el Estado intervendrá en las tarifas cuando las ganancias de las empresas alcancen a un porcentaje determinado, no constituye ni una exención ni un privilegio de las empresas, y constituye más bien una limitación de las facultades de las mismas impuesta por el Estado en uso de su derecho de intervención. En efecto, según el diccionario de la Academia Española, "Privilegio" es la gracia o prerrogativa que concede el Superior exceptuando o libertando a uno de una carga o gravamen. Es evidente que prohibir a una empresa industrial obtener ganancias que exceden del 16 % del capital empleado, no es libertar a esa empresa de una carga, y es evidente también, que semejante limitación importa negar a dicha empresa la prerrogativa que tienen los capitales empleados en el comercio y en la industria, los cuales, por regla general, obtienen el máximo de los rendimientos posibles.

La interpretación a que nos conduce el significado técnico o jurídico de la misma palabra "privilegio" en la época en que se otorgó la Concesión del Ferrocarril Central, es la misma. En efecto, según las leyes vigentes en la poca en que se otorgó la concesión del Ferrocarril Central "privilegio" es la gracia o prerrogativa que se concede a alguno libertándolo de alguna carga o gravamen, o confiriéndole algún derecho de que no gozan otros. (Ley 1ª. Título II — Partida 1ª y Ley 2 — Título 18 — Partida Tercera). No se libertó a la Empresa de un gravamen al prohibirle ganar más del 16 % del capital empleado, ni se le confirió al establecer este límite un derecho negado o no reconocido a otras personas. Al contrario; lo que todo el mundo podía hacer, el derecho reconocido a todo capitalista de emplear su capital en la forma que más le

conviniera, el derecho de todo propietario de sacar el mayor provecho de lo que es suyo, fué limitado, fué, en parte, desconocido al negar a la Empresa del Ferrocarril el derecho de ganar más del 16 %, y decimos que fué desconocido, porque autorizar al Estado para rebajar las tarifas cuando las ganancias excedan del 16 % es prácticamente lo mismo que prohibir al capital empleado obtener un rendimiento superior a ese porcentaje.

La interpretación lógica nos conduce a la misma conclusión. Ya se ha expresado que la ley de 27 de agosto de 1884 dispone en su Art. 31 que "siempre que un Ferrocarril produzca más del doce por ciento de " utilidad sobre el capital invertido, el Poder Ejecutivo podrá intervenir " en la fijación de las tarifas a fin de rebajarlas después de oida la Em- " presa; y en su Art. 36, dice así: "Las garantías y privilegios que se " acuerdan por esta ley durarán por el término de cuarenta años a con- " tar desde la fecha de la concesión". Ahora bien: ¿puede entenderse "que la disposición del citado Art. 31 es un "privilegio" y deja, por con- " siguiente, de regir, después de los cuarenta años, según el Art. 36? Indudablemente no. En corroboración de ésto pueden citarse unas palabras del distinguido profesor de derecho administrativo, Dr. Luis Varela. o sea de un profesor cuyas conocidas tendencias doctrinales no pueden ser tachadas de contrarias a los verdaderos derechos y legítimos intereses del Estado. Las palabras a que nos referimos y de las cuales subrayamos algunas para llamar la atención respecto de ellas, son las siguientes: "Establece el Art. 36 de la ley del 84 que las garantías y privilegios " que por ella se acuerdan, durarán por el término de cuarenta años, a " contar desde la fecha de la concesión. Este artículo no puede referir- " se a otra garantía que la del interés única de que la ley habla, ni otros " privilegios que los de caracter personal, diremos así, **o sea los que son " en beneficio particular y directo de las Empresas en cuyo caso no hay " otro que el relativo a la exención de impuestos.**

"Los de carácter real, o sea las prerrogativas que las Empresas go- " zan, en beneficio del trazado, construcción y explotación de las líneas, " o como representantes de la Administración y autorizadas, por consi- " guiente, para ejercer los derechos de ésta en el ramo de obras públicas. " son de carácter permanente e inseparables de las líneas". (Dr. Luis Varela. — Apuntes de Derecho Administrativo. — Legislación especial de obras públicas, pág. 377.)

La inclusión en el contrato de concesión del Ferro Carril Central del Uruguay, de la cláusula de que el Gobierno solamente intervendrá en las tarifas cuando las utilidades líquidas lleguen al diez y seis por ciento, no fué una originalidad. El núcleo de capitalistas encabezados por don Daniel Zorrilla, al consignar esa cláusula en la propuesta que presentó y que, aceptada por el Gobierno, se convirtió en el contrato de concesión de 4 de Octubre de 1866, no hizo más que reproducir con algunas modificaciones la cláusula análoga, que, desde el 28 de agosto de 1863, regía en la Provincia de Buenos Aires, con relación al Ferro Carril del Sud, y decía textualmente así: "El Gobierno tendrá el derecho de intervenir en la " fijación de las tarifas, durante el período de la garantía, siempre que

" las utilidades líquidas excedan del 15 o|o al año." Y ¿se ha entendido, acaso, en Buenos Aires, que la referida cláusula constituye un privilegio? Se ha entendido naturalmente, lo contrario, según resulta de la Ley General de Ferrocarriles en la Provincia de Buenos Aires, promulgada el 17 de agosto de 1880. El capítulo 3º de dicha ley se titula **Privilegios de las Empresas**, el capítulo 4º se titula **Gravámenes y Obligaciones de las Empresas**, y es en este último y no en el otro, no en el referente a los " privilegios de las empresas, donde está incluída la cláusula que dice: " Siempre que un ferrocarril produzca más de un 12 o|o de utilidad sobre " su capital invertido, el Gobierno podrá intervenir en la fijación de las " tarifas, a fin de rebajarlas después de oída la Empresa". Luego, se ha entendido, como lógicamente debía entenderse, que la citada cláusula no es en manera alguna un **privilegio** de las empresas. En cuanto limita el derecho de obtener ganancias que indisputablemente corresponde y debe corresponder a las empresas, dicha cláusula es más bien un **gravamen** para estas mismas, y así se explica perfectamente que la ley de la provincia de Buenos Aires la haya incluído en el capítulo intitulado: **Gravámenes y Obligaciones de las Empresas**".

No debe olvidarse que según el artículo 13 del contrato de concesión, "la línea queda siempre de propiedad de la compañía", ni que, según los principios generales de derecho, el dueño de la cosa lo es también de los frutos o rendimientos de la misma; de lo que se deduce lógicamente que la convención que limita las facultades del dueño en cuanto a esos frutos o rendimientos, podrá ser todo lo que se quiera, menos la constitución de lo que se llama y debe llamarse **privilegio** en favor de él.

Y, si para buscar un criterio de interpretación investigamos cuales han sido las normas directrices de los hombres de estado de los grandes países, encontramos que han sido siempre las de considerar que el estado debe dar el ejemplo de fidelidad en el cumplimiento de los compromisos contraídos. Discutiéndose hace pocos años en la Cámara de Diputados de Francia la ley de expropiación de los Ferrocarriles del Oeste, el diputado Jaurés propuso que se dictara una ley interpretativa de las concesiones para obtener condiciones más ventajosas para el Estado. El actual Presidente de Francia, Millerand, que en aquel entonces desempeñaba la cartera de Obras Públicas, dijo que veía que al diputado Jaurés no le repugnaba la idea, en caso de que la expropiación resultara muy onerosa, del recurrir a una ley interpretativa. Y agregó: "Una ley interpretativa: Có" mo! Un contrato celebrado entre una Compañía y el Estado, si se origi" nan dificultades, ellas no pueden ser resueltas por una sola de las par" tes interpretando el contrato. Es esto posible? En qué se convertiría la " palabra del Estado, me atrevo a decir el crédito mismo del Estado, si " los compromisos contraídos en nombre del país pudieran ser mañana, " o veinte y treinta años después, —el tiempo nada significa— renega" dos con desenvoltura? Estoy pronto para reconocer, como lo ha hecho " antes de que yo Barthou, que nuestros predecesores, que los gobiernos que " nos han precedido, han podido cometer errores. Y qué vamos a hacer! " Hay entre las asambleas legislativas y los gobiernos sucesivos una soli" daridad a la cual nadie puede sustraerse. Cuando los compromisos se " toman en nombre del país no depende de los cambios de gobierno la

"revisión de los contratos. Yo lo repito: Es necesario que no subsista nin-
" gún equívoco sobre este punto, y que no se piense en ningún momento
" que el gobierno pueda resolver por su sola voluntad, por acto unilateral
" dificultades nacidas del contrato." (Diario de Sesiones, Año 1909, período extaordinario, Página 3145.)

Se ha citado un principio aislado de interpretación que no es otro que el que contiene el artículo 1304 del Código Civil al establecer que las cláusulas dudosas deben interpretarse contra la parte que las extendió siempre que la dificultad provenga de su falta de explicación. Pues bien: aún cuando existiera ambigüedad —que no existe porque la cláusula es suficientemente clara— esa ambigüedad sería imputable tanto al Estado como a las compañías. El Estado estudió las propuestas de las compañías, modificó lo que consideró que convenía modificar y dictó los artículos sobre tarifas que contiene la ley de 1884, por los cuales se rigen las extensiones del Central.

Pero, si en vez de buscar esas reglas secundarias de interpretación se busca la intención común de las partes contratantes, no cabe duda alguna de que el Estado estableció en todas las concesiones el límite razonable de ganancias, de acuerdo con la época en que se contrataba y con la situación de país y obligó a las empresas a fijar desde el primer día sus tarifas sin exceder ese límite. Esa fué la intención del Estado y esa fué la intención aceptada por ambas partes contratantes, sobre la cual debe descansar la interpretación del contrato, de acuerdo con lo que establece el Código Civil en el artículo 1298; artículo cuya disposición es de aplicación preferente y está muy por encima de la del artículo 1304, puesto que las reglas que este último estatuye son, según resulta del mismo, para los casos dudosos **que no pueden resolverse según las otras bases de interpretación establecidas.**

Y no se diga que esto significa ampliar los principios del derecho privado exclusivamente. También para interpretar las leyes el legislador manda que se investigue la intención, que se recurra a su espíritu manifestado en la ley misma o en la historia fidedigna de su sanción. (Código Civil, Artículo 17). Como contrato privado, o como ley de interés público la interpretación de la cláusula no varía; el Estado concedió los Ferrocarriles imponiendo a los concesionarios una limitación de sus ganancias a lo que la ley consideró razonable, y el Estado intervino o interviene desde el primer día de explotación de los ferrocarriles para impedir que excedan las ganancias de las empresas de los porcentajes establecidos.

Recurriendo a los actos posteriores de los contratantes resulta que éstos demuestran que el Estado al establecer la cláusula limitativa de las ganancias los hizo no para acordar un privilegio o un exención a las Empresas sino como un medio de obtener que las tarifas de éstas no recargaran al público para dar a los accionistas dividendos que excedieran de los límites de lo que se consideraba razonable.

Las leyes de 1884 y de 1888 rebajando el porcentaje de ganancia para las futuras concesiones a doce y ocho por ciento respectivamente apli-

can el mismo criterio, que no es de exención sino de limitación, que no es de privilegio sino de reducción, que no es de favor, sino de negación del derecho de ganar todo lo que puedan que se reconoce a los capitales empleados en otras industrias, y que no es de libertad de la Empresa de ganar lo que pueda y quiera, sino de intervención para que sólo gane lo razonable.

Y sino bastaran las leyes debe recordarse que en 1917 al establecerse un recargo terminal el Gobierno lo autorizó estableciendo expresamente que como los ferrocarriles no han alcanzado los límites de ganancias establecidos en las concesiones, correspondía lo que se solicitaba. (Primer Considerando del Decreto de 21 de Junio de 1917).

A una conclusión análoga ha llegado una Comisión designada por el Poder Ejecutivo en un concluyente dictamen redactado por el ilustrado profesor de la Facultad de Derecho, Dr. Eugenio J. Lagarmilla, cuyo dictamen se encuentra en poder del Honorable Consejo de Administración.

I V

LA CADUCIDAD

No importando la cláusula que prohibe a las Empresas exceder sus ganancias de un porcentaje determinado otra cosa que una restricción o limitación impuesta por el Estado, como se ha demostrado más arriba, no puede hablarse de que la vigencia de esta cláusula haya cesado cuando cesaron los privilegios y exenciones del Ferro Carril Central. La cita que hemos hecho anteriormente de la opinión del Dr. Varela es concluyente.

La prescripción, de que también se ha hablado, no procede en el caso, sencillamente porque se trata de un cláusula que no tiene término, como no lo tiene la concesión misma, que es perpetua. La restricción opuesta por el Estado en esa cláusula constituye una condición del contrato que no puede separarse de él. Mientras exista la Concesión para explotar el Ferrocarril, existirá la restricción, o sea el límite de ganancias impuesto por el Estado.

Esa cláusula, pues, no es susceptible de prescripción y ha sido impuesta por el Estado, no sólo en el contrato primitivo, sino también en las leyes de 1884 y 1888, en uso de sus facultades de intervención emanadas de su carácter de soberano.

Por lo demás, no es posible admitir sino como un error lamentable que se quiera infligir a la compañía un castigo porque no ha extendido sus ganancias hasta el 16 o|o como pudo hacerlo con otro criterio del que ha predominado felizmente para el país en la empresa.
¡Qué diferencia con lo que ocurre en Norte América!

Allí, como hemos visto en el capítulo II, caso del Metropolitan y nueve más fallados en conjunto, se considera de toda justicia y equidad re-

conocer a los ferrocarriles que han hecho al principio una vida difícil, como el Central entre nosotros, el derecho de ganar por lo que no pudieron ganar antes. Aquí, el hecho de no haber ganado antes se traduce en lo contrario, que no otra cosa significa pretender que la cláusula relativa al máximun de ganancias ha prescripto por su no uso!

Pero hasta en esto el razonamiento es equivocado. Esa cláusula ha estado en uso, se ha usado momento a momento, puesto que el Central ha fijado siempre sus tarifas y el Estado ha mantenido su intervención para que no se sobrepasara el límite establecido. Esto se puede comprobar en la Oficina de Control de Ferrocarriles la cual sólo interviene y vigila la contabilidad y operaciones del Ferro Carril Central al efecto de que se cumpla la cláusula expresada, desde que no gozando el Central del beneficio de la garantía del interés, la intervención de la oficina nombrada sólo tiene lugar para mantener las tarifas de la compañía dentro de los límites que el contrato ha establecido como de legítima y razonable ganancia para los capitales invertidos.

El uso y cumplimiento de la cláusula relativa a las tarifas se halla también comprobado en los diversos reglamentos dictados por el Poder Ejecutivo para el control de todos los ferrocarriles, sin excepción, e inclusos los concedidos de acuerdo con las leyes de 1884 y 1888.

En conclusión, confirmamos las opiniones contenidas en las consultas anteriores.

Eduardo Brito del Pino, Pablo de María, Juan J. Amézaga.

VIII

DICTAMEN DEL FISCAL DE GOBIERNO Dr. LUIS VARELA, (1) ELEVADO AL CONSEJO NACIONAL DE ADMINISTRACION

Fecha: 11 de enero de 1921.

---

(1) Ex-Ministro de Estado; ex-Miembro del Consejo de Estado; ex-Diputado Nacional; ex-Fiscal de Gobierno; ex-Profesor de Derecho Administrativo; etc. etc.

Montevideo, 11 de enero de 1921.

Excmo. Señor:

No estando de acuerdo con los otros Sres. Fiscales a quienes el Consejo les ha pedido opinión respecto al derecho del Estado a intervenir en las tarifas del Central, presento la mía por separado, en los siguientes términos:

Desde luego, tratándose de la interpretación que el Gobierno debe dar a las cláusulas referentes a la mencionada intervención, me parece oportuno empezar recordando que tal interpretación ya ha sido dada en 1917, en una ocasión análoga a la presente. Cuando en aquel año el Central aumentó sus tarifas, el Gobierno intervino amistosamente, y como resultado de esa intervención dictó el decreto de 21 de Junio, cuyo primer considerando empieza declarando en forma categórica que el "Estado no tiene legalmente la facultad de intervenir en las tarifas del "Central y sus Extensiones" sino cuando los beneficios anuales de la explotación lleguen a los porcentajes fijados en las concesiones respectivas.

Cuando el P. E. declaró eso en Junio de 1917, ya vencía el término de 40 años, establecido en la cláusula 13 de la concesión del Central para la duración de los privilegios y exenciones. De modo, pues, que el Gobierno entendió que el dicho término nada tiene que ver con la cláusula 11, si se trata del Central, y que el Art. 36 de la ley del 84 tampoco tiene que ver con el 31 de la misma, que es también el relativo a la intervención.

De modo, pues, que habiendo el P. E. manifestado tan categóricamente que las concesiones no le permiten intervenir mientras los rendimientos no lleguen a los porcentajes establecidos, aún cuando hayan vencido los 40 años de la explotación, no se ve como podría ahora salir sosteniendo precisamente todo lo contrario. Por lo menos tendría que invocar razones muy claras y decisivas para demostrar que entonces estuvo en error explicable, y hay que reconocer que esas razones claras y decisivas para reaccionar tan radicalmente, no las tiene, no puede tenerlas. En el mejor de los supuestos para tal evolución, todo lo que podría admitirse sería que el punto es discutible, como lo demostrarían las varias y fundadas opiniones profesionales contrarias a la intervención, que se han dado a la publicidad, emitidas por distinguidos abogados de nuestro foro, unos vinculados a la Empresa y otros completamente independientes de ella.

En esas condiciones, repito que no veo como podría el Gobierno sostener ahora decorosamente lo contrario de lo que sostuvo hace tres años en una ocasión análoga.

He dicho que, en el mejor de los casos, el derecho de la intervención, libre después de los 40 años, sería un derecho dudoso. Pero he dicho solo con el objeto de demostrar que ni aún en ese supuesto podría el Ejecutivo sostener ahora una interpretación radicalmente opuesta a la que sostuvo ha poco.

Por lo demás, opino que tal duda absolutamente no puede existir. Creo, por el contrario, que el Gobierno estuvo perfectamente en lo cierto cuando dijo en el decreto de 1917 que, no habiendo llegado los rendimientos a los porcentajes fijados, no tenía intervención forzosa en las tarifas, aún cuando hubiesen pasado 40 años de explotación.

Y esta opinión mía no la he formado ahora, hace ya algunos años que la expresé en uno de mis libros, como se ha recordado en alguna de las consultas que ha publicado la Empresa, de manera que es una opinión que, por lo menos, no tiene peligro de las que se forman bajo la presión de las circunstancias, para servir a un fin que se busca porque se considera bueno, pero que puede no ser posible dentro de los términos de los contratos interpretados imparcialmente según la verdadera intención común de las partes.

Por lo que respecta al Central la cláusula 11 de la concesión establece que la Empresa tendrá la facultad de fijar las tarifas, y luego agrega que, sin embargo de esa facultad, el Estado intervendrá cuando el rendimiento anual llegue al 16 %.

Algunos han visto el privilegio en la primera parte de la cláusula, o sea en cuanto establece que la Empresa fijará las tarifas. Para opinar así, se ha argumentado diciendo que la Empresa no tenía por derecho propio, la facultad de la fijación, pues de lo contrario no había por qué establecerlo y habría bastado con consignar el derecho de intervención por parte del Estado.

A mi juicio, ese razonamiento es completamente equivocado. La Empresa, además de haber sido constructora de la vía, es una Empresa de transporte, y como tal tiene, como todo industrial, el derecho de establecer el precio de su servicio.

La única especialidad del caso estaba en que teniendo la Empresa el monopolio de la vía para el transporte, ese monopolio y los importantes intereses públicos a él vinculados exigían de parte del Estado la facultad de controlar los precios en la forma en que lo creyera conveniente.

Al decirnos, pues, que la Empresa fijaría los precios, no le dió un derecho que como Empresa industrial no tuviese, pues no se puede pretender seriamente que si no hubiese existido la primera parte de la cláusula, la Empresa habría tenido que hacer los transportes gratuitos. Por consecuencia, si se le reconoció el derecho de tarifar, no fué con el objeto de crearlo, puesto que ya existía por la condición de la empresa, sino con el objeto de limitarlo, como lo hizo enseguida la misma cláusula, y que fué en realidad lo único nuevo que estableció.

No es, pues, exacto que el derecho de la Empresa a fijar sus tarifas fuese un derecho del Estado, renunciado por éste a favor de la primera, y por consecuencia un privilegio sujeto a la caducidad de los 40 años, vencidos los cuales el Estado reasumiría su facultad de tarifar. No hay tal cesión ni hay tal privilegio, por lo que ya he dicho, no hay tal reasunción del derecho del Estado, pues no puede admitirse que la Empre-

sa, y menos aún siendo ésta propietaria perpetua de la vía, se estableciese sobre la base de que en algún momento el Estado le fijaría los precios. Ni la cláusula dice semejante cosa, pues lo único que dice es que cuando el rendimiento llegue al 16 % el Estado tendrá el derecho de intervenir en las tarifas de la Empresa, es decir que tendrá el derecho de fijar él las tarifas, sino de intervenir en las que la Empresa haya adoptado, usando el derecho que le acuerda la primera parte de la misma cláusula.

Otros han visto el privilegio, no en la primera parte de la cláusula, sino en la segunda, o sea en donde se establece que el Estado sólo podrá intervenir cuando el rendimiento llegue al 16 %. Se dice que ese es un privilegio o una exención, porque si la cláusula no dijese tal cosa, la Empresa habría tenido que soportar la intervención libre y constante del Estado.

A mi juicio lo que realmente hay, no es un privilegio ni una exención, sino una limitación del derecho del Estado en forma de reglamentar su intervención. Es así como la cláusula está concebida. Si ella hubiese dicho "acuérdase a la Empresa la libertad de tarifar mientras sus rendimientos no pasen del 16 %", en tal caso sería posible sostener que la intención fué acordar un favor a la Empresa. Pero la cláusula dice: "el Estado sólo podrá intervenir cuando los rendimientos pasen del 16 %" y entonces claramente resulta que lo que hay no es un beneficio acordado por el Estado a la Empresa, sino una limitación impuesta por la Empresa al derecho del Estado. Y no se diga que la diferencia entre una redacción y otra es puramente cuestión de palabras; esa objeción no tendría valor alguno, pues las palabras son precisamente el medio de expresar las intenciones; de modo que cuando ellas significan una limitación impuesta por una parte al derecho de la otra, eso demuestra que la intención fué establecer tal limitación, y no acordar un beneficio en el sentido contrario. Es claro que la limitación impuesta al Estado resulta un beneficio para la Empresa, pero eso no autoriza para desconocer la verdadera intención de la cláusula según resulta de los términos en que está concebida, y tomado el efecto indirecto por la causa principal, sostener que una cláusula de privilegio a favor de la Empresa, cuando claramente por los términos en que está concebida resulta que su objeto principal y directo fué reglamentar la función de control correspondiente al Estado.

Por eso se ve en la legislación comparada que las leyes que dedican un capítulo especial a los privilegios y exenciones acordados a las empresas y que también reglamentan el control en las tarifas, se han guardado muy bien de incluir esa reglamentación en el capítulo mencionado, por más que de ella pueda resultar indirectamente algún beneficio para los concesionarios. Y así, por ejemplo, la ley Española de 23 de Nov. de 1877 tiene un capítulo 4º rotulado expresamente: "De los privilegios y exenciones que se otorgan a las empresas", y tiene un Art. 49 que reglamenta el control del Estado en las tarifas. Pero el legislador tuvo buen cuidado de incluir ese artículo en el de los privilegios y exenciones. Y la ley FF. CC. dictada por la provincia de Buenos Aires el 1º de Agosto de 1880, que sostiene también un capítulo titulado: "De los privilegios de las empresas", y que tiene además un artículo que reglamenta el control en una

forma análoga a la cláusula 11 del Central, se guardó muy bien de incluir ese artículo, en el capítulo de los privilegios, sino que lo incluyó en el de los "gravámenes y obligaciones de las empresas".

Y lo que ha pasado con las legislaciones ha ocurrido igualmente con los tratadistas. Y así, Picard, en las páginas 64 y 65 del tomo 4º de su tan justamente celebrada obra sobre "Les chemins de Fer" transcribe las cláusulas contenidas en las primeras concesiones francesas, que datan de los años 1836 y 1837; pero no se le ocurrió al ilustre tratadista incluirlas bajo el epígrafe de "Privilegios y Exenciones acordados a las Empresas" sino que las incluyó bajo el epígrafe de "Límites asignados a la autoridad del Estado".

Y esa manera de considerar las cláusulas que reglamenta la intervención de la referencia, no ha sido debida a los legisladores y tratadistas de antes no habían leído a los norteamericanos de ahora, sino a que se dieron cuenta del verdadero carácter jurídico de las estipulaciones. Por otra parte, es del caso observar que tampoco los norteamericanos de ahora han dicho ni podido decir que las cláusulas que establecen las formas de control son cláusulas de exención del mismo. Y es también del caso agregar que los norteamericanos de ahora al proclamar el derecho de intervención por parte del Estado, habrán podido decir una novedad para su país, porque allí como en Inglaterra, el servicio ferroviario había funcionado desde los primeros tiempos como una industria privada; pero no han dicho nada nuevo para los países del continente europeo, que tenían el principio establecido, como en Francia, desde 1836 o sea desde que se inició allí el funcionamiento de los ferrocarriles, ni han dicho nada nuevo para nosotros, que tenemos el mismo principio establecido desde la primera concesión que otorgó el Gobierno de la República, allá por el año 1866.

¿Dónde está el privilegio? ¿En la facultad de fijar las tarifas, reconocida al Directorio? No, porque ella es la consecuencia del ejercicio de la industria. ¿Está en decir implícitamente, por lo menos, que el Estado intervendrá? No, porque eso no es un favor para las empresas. ¿Está en decir que la intervención será cuando el rendimiento pase el porcentaje fijado? Tampoco, porque esa es la forma de intervenir. De modo que considerada la cláusula con relación al Estado, le limita el derecho de intervención, y considerada con respecto a la Empresa le limita la libertad de tarifar.

¿Y por dónde una cláusula que limita los derechos de ambas partes puede ser una cláusula de privilegio o de exención? Todo lo que puede decirse es que reglamenta el gravamen del control en una forma menos onerosa que otra en que pudo hacerlo, o menos onerosa que la que habría podido ser si la cláusula no hubiese existido. Pero, más o menos onerosa, la cláusula resulta siempre para la Empresa, no una de privilegio o de exención, sino de gravamen, porque le limita la libertad de tarifar que le reconoce la primera parte de la misma cláusula.

Pero debo agregar ahora que, aún admitiendo que la cláusula 11ª fuese una cláusula de privilegio o de exención, no podría estar limitada

por la cláusula 13ª. Esta limita los privilegios por el plazo de 40 años. La otra limita la intervención por el rendimiento, de modo que no hay límite de tiempo para que el Estado pueda intervenir, sino que en cualquier momento, al año de comenzar la explotación pudo empezar la intervención, si el rendimiento hubiese llegado al porcentaje establecido para que ella pudiera producirse. Luego, si la cláusula 11ª estableció que la intervención se regularía con el rendimiento y "sólo por el rendimiento", como expresamente lo dice, no puede pretenderse que se regula por aquél y además por el tiempo de explotación, pues eso es hacer intervenir dos factores determinantes de la intervención, cuando la ley dice expresamente que habrá uno solo.

Y no se objete que eso del único factor lo establece la cláusula 11ª únicamente para dentro de los 40 años, porque después de ese plazo rige el factor tiempo establecido en la cláusula 13ª.

Pero lo que está en cuestión es precisamente si la cláusula 13ª limita la 11ª; por consiguiente, eso no puede darse por sentado, sino que habría que demostrarlo, y eso no se puede demostrar, por que si la cláusula 11ª establece sólo el factor tiempo, no se pueden hacer intervenir dos, ni simultánea ni sucesivamente.

Por eso no puede admitirse que la cláusula 13ª limita a la 11ª, aún en el supuesto inadmisible de que ésta contuviera un privilegio o una exención. Ese Art. 13 tiene su aplicación exclusiva a los privilegios y exenciones establecidos sin limitación especial de ninguna clase, pero no puede ser aplicable a los beneficios que están regulados por otros factores impuestos con carácter de únicos.

Y menos puede admitirse que la limitación del plazo fijado en el Art. 13 comprende la intervención del Art. 11, cuanto que es racionalmente imposible suponer que las partes al contratar tuvieran dos criterios tan opuestos para regular la intervención, y establecieran que se pasaría de la noche a la mañana de un sistema de control tan restringido como el del Art. 11 al del contrato absolutamente libre que regiría al día siguiente de vencidos los 40 años. Y menos posible resulta aún esa intención, si se tiene en cuenta que el control, permanente y libre, era un sistema completamente desconocido y sin precedentes en la fecha de la concesión, y un sistema tan irracional, que me parece que ni aún hoy mismo tendría ejemplo. No se citará una sola ley, una sola concesión en ningún país del mundo, que antes de la otorgada al Central hubiese establecido un sistema de control semejante. Y posteriormente cree que la ley que ha establecido la intervención oficial en forma más amplia ha sido la española ya citada, la cual en el Art. 49 dispone que el Estado podrá intervenir en las tarifas de cinco en cinco años; pero eso mismo lo hace poniendo a cargo del propio Estado las consecuencias de la reforma, pues si se produjese merma en el rendimiento, aquél debe cubrir la diferencia.

Esto por lo que respecta al Central. En igual condición están las Extensiones, regidas principalmente por la ley del 84, pues esa ley tiene los artículos 31 y 36 que son análogos a las cláusulas 11ª y 13ª de la concesión del primero. La única diferencia está en que en el Art. 31 de la ley

citada limita a 12 % el rendimiento necesario para que pueda producirse la intervención.

Pero es de notarse que la posibilidad de esa intervención fué modificada por el contrato que autorizó la ley de 3 de Abril de 1906. Se estableció entonces que el Gobierno podría intervenir cuando el rendimiento llegue al 8.

Y esa reforma al régimen de la ley del 84 la gestionó el Gobierno sin duda porque vió sino imposible por lo menos muy remota la intervención regulada por el rendimiento de 12 %, y porque entendió que ese era el único factor que le permitiría la intervención deseada. Si no lo hubiese entendido así, y si no hubiese sido así, la reforma no habría tenido importancia. Si se hubiese creído que después de los 40 años la intervención era libre, la reducción del rendimiento no habría tenido alcance para después de ese plazo, y tampoco lo habría tenido para antes, pues no era de esperarse que antes el rendimiento llegase al 8, como no había llegado hasta la fecha de la reforma, en la cual las Extensiones llevadas alrededor de 20 años de explotación, y no ha llegado hasta el presente, a pesar de haber transcurrido treinta y tantos años. De modo, pues, que, en el mejor de los casos, la reforma, si no era absolutamente inútil, no habría acercado sensiblemente el momento de la intervención, y para tan nulo o escaso resultado, el Gobierno, seguramente, no habría sacrificado el tercio de los beneficios del 6 al 8 que le correspondía por el convenio Ellauri de 1891, ni habría prestado una modificación a condición de cargar él con la diferencia que pudiese resultarle a la Empresa.

La reforma de 1906 demuestra, pues, que el Gobierno que la gestionó y la ley que la autorizó entendieron también que la intervención dependía únicamente del rendimiento, y es, por lo tanto, una afirmación más de que tal fué el verdadero sentido de la ley del 84.

En conclusión, mi opinión es de que el Gobierno no puede imponer su intervención en las tarifas del Central mientras el rendimiento no llegue al 16 % como lo establece la cláusula 11ª y en las Extensiones mientras no llegue al 12, como lo establece la ley del 84, o al 8 tomando a su cargo las diferencias de acuerdo con el convenio que autorizó la ley de 3 de Abril de 1906.

Si eso no es lo que más conviniese al interés público, habrá que buscar otras soluciones por medios conciliatorios y amistosos, como lo hizo el convenio que acabo de recordar, en el cual, al reducir de 12 a 8 el porcentaje de intervención en las secciones garantidas se estableció que el Estado cargaría con la diferencia que se produjese por merma del rendimiento.

Todo lo que no sea proceder en una forma que contemple las exigencias de interés público con el respecto debido a las cláusulas pactadas, sería provocar un pleito sin fundamento legal, regravado con la declaración contraria contenida en el Decreto de 21 de Junio de 1917.

Luis Varela.

IX

DICTAMEN DEL DR. JUAN JOSE AMEZAGA

Fecha: 4 de junio de 1936.

Montevideo, Junio 4 de 1936.

SEÑOR F. C. PEARSON,

Administrador Interino del F.C.C. del U.

Presente.

Muy señor mío:

El artículo 50 de la Constitución de la República expresa que "el Estado o los Municipios en su caso condicionarán a su homologación el establecimiento y la vigencia de las tarifas de servicios públicos a cargo de empresas concesionarias".

Esta disposición plantea el problema de si debe aplicarse a los servicios públicos concedidos con anterioridad a su sanción.

Al tratarse en la Asamblea Constituyente este artículo del proyecto de Constitución el miembro informante dijo, que "las empresas preguntan si esa disposición (la del artículo 50) tiene carácter retroactivo, — es decir, — si sólo rige para lo futuro o si rige también para los contratos de concesión celebrados antes de la nueva Constitución de la República. La Comisión contesta de acuerdo con la doctrina y la práctica que la Constitución **no tiene efecto retroactivo. No rige sino para el futuro; no rige para el pasado y se hizo una declaración en la Comisión de Constitución en ese sentido de que el artículo 49, — hoy 50, — no tiene efecto retroactivo.** Para que esta declaración tenga más fuerza propongo que la Constituyente declare lo mismo que declaró ayer la Comisión de Constitución..." (Diario de Sesiones, tomo 2º-23). La declaración de que la Constitución no tiene efecto retroactivo fué aprobada por unanimidad por la Asamblea Constituyente.

El Dr. Horacio Abadie Santos en su informe en minoría a la Cámara de Representantes sobre aumento de las tarifas de los tranvías establece la conclusión de que las facultades constitucionales sobre homologación de tarifas no tiene efecto retroactivo sino influencia de futuro, por lo cual las tarifas tranviarias quedarán firmes y vigentes pudiendo ser **modificadas por acuerdo de las partes** con posterioridad a la vigencia de la Constitución de 1934.

No atribuyo a la discusión de la Constitución la importancia que como fuerza de interpretación auténtica le da el Dr. Abadie Santos, porque lo que fué sometido a la ratificación popular fué el texto constitucional y no los antecedentes de la redacción del mismo, y porque las palabras del miembro informante, y, la declaración de la Asamblea, podrían interpretarse como una declaración de respeto por las tarifas vigentes en la época de la sanción, pero no como una renuncia a una intervención en el futuro cuando se tratare de modificar esas tarifas.

Pero, sea cual fuere el texto constitucional me parece que no pue-

den desconocerse los contratos vigentes sin indemnizar a la Empresa. La concesión del F.C.C. es perpetua. La Constitución dice que no se otorgarán concesiones perpetuas. Pero, esta declaración que no perjudica la concesión del F.C.C. del Uruguay porque rige para el futuro, no prohibe que esta línea de ferrocarriles sea expropiada previa indemnización.

Del mismo modo las disposiciones sobre intervención del Estado en las tarifas deben cumplirse ya que las tarifas constituyen parte de la propiedad de la Compañía que, — en su caso, — debería ser expropiada o disminuída previa compensación.

El artículo 11 del contrato de concesión del Ferrocarril Central del Uruguay de 25 de Febrero de 1878 dispone que el Superior Gobierno sólo intervendrá en las tarifas después que las utilidades líquidas lleguen al 16 % anual.

Esto es lo convenido. Quedaría para otro momento la determinación de si el 16 % debe ser calculado sobre el capital de tasación de la línea y sus estaciones, talleres y su material rodante (capital real) o sobre el capital de la sociedad anónima representado por las acciones ordinarias y preferidas, excluyendo o no excluyendo los debentures.

La concesión del Ferrocarril Central del Uruguay es clara y la disposición que contiene referente a las tarifas, existía a mediados del siglo pasado en concesiones ferroviarias otorgadas en otros países.

El contrato de 20 de Abril de 1906 no ha modificado el régimen de las tarifas establecido para el Ferrocarril Central del Uruguay por la concesión de 25 de Febrero de 1878. El mensaje del Poder Ejecutivo al remitir al Poder Legislativo el convenio ad referendum de 5 de Noviembre de 1905, el informe de la Comisión de Fomento de la Cámara de Representantes y la propia escritura de concesión de 20 de Abril de 1906, determinan claramente, que ésta en nada afecta a la concesión del Ferrocarril Central, cuyo artículo 11 ha continuado en vigencia y sin modificación de clase alguna.

El régimen pactado por el convenio de 20 de Abril de 1906, sólo debe aplicarse a las compañías que hayan devuelto todas las garantías recibidas del Estado.

Mientras no se llegue a producir el 6 % anual de utilidad líquida sobre el capital garantido, la compañía retiene para sí toda la utilidad, y el Estado no puede intervenir en las tarifas.

Cuando la ganancia neta excede del 6 % hasta el 8 % anual la compañía retiene para sí un tercio de dicha ganancia y entrega dos tercios de la misma al Gobierno para ser destinada a devolución de garantías.

Y, cuando la ganancia neta exceda el 8 % sobre el capital garantido la compañía debe entregar al Estado todo el exceso además de la parte de la diferencia entre el 3 % y el 8 %. Todo exceso sobre el 8 % debe destinarse a devolución de garantía. Así lo dice el artículo 3, inciso 2 del convenio mencionado de 1906.

Ahora bien: cuando la devolución de la garantía haya terminado tiene aplicación el inciso 3º del artículo 3º, y el Estado puede optar entre una de estas dos soluciones siempre que las ganancias excedan del 8 % sobre el capital real o sea el valor de la línea:

1º Intervenir en las tarifas hasta reducir los resultados netos sobre el capital real a 8 % anual.

2º Recibir dicho exceso sin modificar las tarifas.

Si el Estado rebaja las tarifas, y como consecuencia de esta rebaja el rendimiento fuera inferior al 8 % anual sobre el capital real, el Gobierno se obliga a completar este rendimiento.

No puede afirmarse como se ha dicho equivocadamente que el Estado haya renunciado a facultades inalienables e irrenunciables de contralorear las tarifas de los servicios públicos. Las tarifas se fijan teniendo en cuenta dos factores, a saber:

1º El peaje que corresponde al servicio de capital del primer establecimiento y a los gastos de conservación y renovación de las vías al que podría agregarse el material rodante.

2º El esfuerzo de tracción o costo del transporte que corresponde a los gastos de explotación.

El Estado ha reconocido al capital de instalación un interés que varía en las diversas concesiones y que debe servir de base para fijar el peaje.

El público debe pagar una tarifa que cubra ese peaje, reconocido como justo y razonable por el Estado, y los gastos de explotación.

Hay un convenio que fija el peaje y que no puede ser modificado por la voluntad unilateral del Estado contratante. Se ha invocado muchas veces la legislación americana para justificar la intervención del Estado en las tarifas, como si el Estado no interviniera entre nosotros para la fijación del precio del transporte. El Estado interviene para contralorear las ganancias, para observar si las tarifas dan a las compañías un rendimiento superior al convenido con las compañías (8 y 16 %) como razonable.

En EE. UU. donde muchas compañías no tenían fijado un límite máximo de ganancias la ley intervino para que este límite fuera razonable, para que las ganancias de los que monopolizaban el transporte no fueran excesivas. El Dr. Manuel Otero incurre en error cuando dice que el F.C.C. del U. fué eximido del contralor del Estado por el artículo 11 de su concesión. Esto no es exacto. Desde su iniciación el F.C.C. del U. ha estado sometido al contralor del Gobierno para que sus tarifas no le proporcionaran una ganancia excesiva. Lo que los contratos establecen es la ganancia razonable. El Estado interviene para que esa ganancia no sea excesiva. No es una exención, ni un privilegio. Es el margen de utilidad razonable, es una limitación. Si antes de los cuarenta años las ganancias

hubieran excedido del 16 % el Estado habría impuesto una rebaja de las tarifas.

¿Habrá, acaso, alguna persona que considerara que las cláusulas del artículo 3 del convenio de 20 de Abril de 1906 que disponen que cuando las ganancias lleguen al 8 % el Estado podrá optar entre recibir esas ganancias o intervenir en las tarifas, habría acaso, repito alguna persona que se atreviera a sostener que esta cláusula encierra un privilegio o una exención?

Debe decirse una vez por todas que el discurso del Dr. Manuel Otero y los de las personas que han repetido sus fundamentos, encierran dos errores fundamentales. El primero al afirmar que las concesiones vigentes y especialmente la del F.C.C. del U. deben someterse por una ley al contralor del Estado en lo relativo a la fijación de las tarifas. La ley no agregaría nada a las concesiones. Las concesiones establecen el contralor del Estado y fijan el límite de la ganancia que se ha considerado razonable. Pero, la ley no puede modificar el precio del peaje que ha sido convenido sobre la base de un rendimiento para el capital, rendimiento que deben asegurar las tarifas. Y, el segundo error lo cometen al confundir una limitación al derecho como un privilegio.

La ley de comercio entre los Estados Americanos que tantas veces se ha citado como ejemplo de la intervención que debe tener el Estado en las tarifas, tampoco serviría entre nosotros de antecedente favorable para el acto de fuerza que en repetidas oportunidades se ha intentado contra la compañía. En efecto, la ley americana establece que las empresas ferroviarias tienen derecho a una ganancia mínima de 5 y 1 2 % anual y aún el 6 %. En caso de obtenerse un mayor rendimiento se constituye por las Compañías y por la Interstates Comission un fondo de reserva para provisiones de futuro de distinta índole.

El 8 % anual debe ser calculado sobre el capital real. Así lo establece el convenio de 1906, así lo han establecido las leyes y sentencias americanas y este asunto tiene una gran importancia porque debe existir para estimar el valor real además de la tasación del valor actual un coeficiente de corrección de la moneda. Las sentencias de la Suprema Corte de los Estados Unidos de 26 de Noviembre de 1926 y de 20 de Mayo de 1931 (Comisión de Comercio entre los Estados con el Ferrocarril de Saint Louis y O'Fallon) establecen que a los efectos de la fijación de tarifas la fijación del capital debe hacerse de acuerdo con el valor actual y no con el valor de inversión e implícitamente reconocen que la moneda no es una unidad constante de valor. También da en forma básica las normas para definir jurídicamente la unidad de valor cuando dice en su sentencia de 1926 que las tarifas fijadas con relación al capital de inversión serían confiscatorias por cuanto el valor de los bienes no es hoy el que figura en sus libros en ocasión de las inversiones hechas hace muchos años, sino lo que costaría ahora hacer esas compras y esas instalaciones (reproduction value). Lo que significa que avalúa cosas no por su precio en moneda de cualquier época sino por su valor de jornales y efectos en el momento actual (ladrillos, rieles, cañerías, etc.)" (Picard IV-págs. 3 y sgts.).

En la cláusula 3 del convenio de 26 de Abril de 1906 se han distinguido perfectamente el capital garantido y el capital real que es mayor que el garantido.

Los incisos 1 y 2 de dicha cláusula 3ª rigen el período de pago de garantías por el Estado, — y, — el de devolución por las compañías al Estado de las garantías recibidas de éste.

Terminado este período, es decir, una vez devueltas al Estado todas las garantías pagadas por éste a las compañías, entra a regir el inciso 3º de dicha cláusula, — ya no se trata de capital garantido sino de capital real, — y sólo cuando se excede el rendimiento líquido de las compañías del 8 % anual sobre el capital real el Estado podrá hacer uso de la opción que le acuerda la cláusula citada.

La cláusula 6ª de las bases aclaratorias del contrato de los ferrocarriles del Oeste no ha modificado la regla establecida en la cláusula 7ª del contrato que dice que el Poder Ejecutivo queda facultado para intervenir en las tarifas después que las líneas produzcan a sus accionistas el 8 % anual sobre la base de un capital de cinco mil libras por kilómetro

La base aclaratoria establece que si los accionistas hubieran emitido debentures hasta 2.500 libras por kilómetro, su ganancia se liquidará sobre su capital accionista de 2.500 libras por kilómetro, debiendo deducirse el servicio de los debentures de la utilidad bruta.

Amortizados o extinguidos total o parcialmente los debentures; el servicio de éstos no pesará sobre la cuenta de explotación o sobre la utilidad bruta, y entonces los accionistas podrán liquidar, sin que el Estado modifique sus tarifas, hasta el 8 % anual sobre un capital fijo de cinco mil libras por kilómetro.

Saluda a Vd. atentamente,

Juan José Amézaga.

X

CONSULTA DE LA COMPAÑIA DEL FERRO CARRIL CENTRAL DEL URUGUAY PARA LOS Dres. RAUL E. BAETHGEN, APARICIO MENDEZ, ARISTIDES L. DELLE PIANE Y JUAN P. ZEBALLOS

Fecha: 27 de agosto de 1945.

Montevideo, 27 de agosto de 1945.

Señores doctores,

RAUL E. BAETHGEN,
APARICIO MENDEZ
ARISTIDES L. DELLE PIANE
JUAN P. ZEBALLOS.

De mi consideración:

I

A) En las cláusulas 11 y 13 del contrato de concesión del Ferrocarril Central se estipuló lo siguiente:

Cláusula 11. — "La fijación de las tarifas de carga y pasajeros se "hará por el Directorio de la Compañía y no podrá variarse sin previos "avisos en los diarios de la Capital con treinta días de anticipación. El "Superior Gobierno sólo intervendrá en ellas después que las utilidades "líquidas lleguen al 16 % anual".

Cláusula 13. — "La línea queda siempre propiedad de la Compañía "concesionaria, pero los privilegios y exenciones que por esta concesión "acuerda el Estado sólo durarán por el término de cuarenta años, con- "tados desde la fecha en que se aprueben estas modificaciones, y apro- "bado que sea este contrato quedan anuladas todas las concesiones ante "riores a la presente". (Esta concesión fué aprobada el 27 de Noviembre de 1877. Ley número 1371, página 298 tomo X de la Compilación de leyes y decretos de Ugón, Cerdeiras Alonso, Arcos Ferrand y Goldaracena; Luis Varela "Legislación de Obras Públicas", tomo III, páginas 47 a 63).

B) Las concesiones del Ferrocarril Nordeste, de fecha 20 de Agosto de 1887; de la Extensión Este, de fecha 30 de Julio de 1887, y de la Extensión Norte, de fecha 14 de Setiembre de 1888, otorgadas, también, a perpetuidad, quedaron sujetas, respecto a las tarifas, al régimen establecido en el artículo 31 de la Ley de Trazado General de Ferrocarriles, de 27 de Agosto de 1884, vigente en aquellas respectivas fechas, cuyo artículo dice así:

"Artículo 31. — Siempre que un Ferrocarril produzca más de 12 % "anual de utilidad sobre el capital invertido, el Poder Ejecutivo podrá in- "tervenir en la fijación de las tarifas, a fin de rebajarlas, después de oí- "da la Empresa".

Este régimen sobre tarifas, de estas tres concesiones y de la del Ferrocarril Central a que se ha hecho referencia en el apartado anterior letra A), fué modificado por convenio de 20 de Abril de 1906, otorgado ante el Escribano Elbio Estrada, y llevado a cabo en virtud de autorización que para ello concedió la ley especial de 3 de Abril de ese año. En la cláusula tercera de ese convenio y en la parte pertinente a dicha modificación, se estipuló lo siguiente:

Tercero "En caso de que las utilidades líquidas excedan de 8 % "anual sobre el capital real o sea el valor de la línea, el Gobierno po- "drá optar entre intervenir en las tarifas hasta reducir los resultados

"netos sobre el capital real a 8 % anual, o recibir dicho exceso, que-
"dando entendido que en ningún caso podrá aumentarse el capital sin
"asentimiento del Gobierno".

Todas estas concesiones, leyes y convenios pueden verse en la ya citada obra del Dr. Luis Varela, tomo III, páginas 72 a 87, 63 a 72, 117 a 125, 182 a 185, con nota 20.

C) La concesión de la Extensión Oeste, de fecha 30 de Mayo de 1896, previamente aprobada por ley de 26 de ese mes y año, fué otorgada temporalmente, debiendo traspasarse al Estado cada sección o ramal del ferrocarril, con todo su tren rodante, vías, estaciones, etc., a los sesenta años de entregados aquéllos al tráfico público, y se estableció en la base VII de ella, respecto a las tarifas, que el Poder Ejecutivo podría intervenir en su formación después que las líneas produjeran a sus accionistas el 8 % anual sobre la base de un capital de £ 5000 esterlinas por kilómetro. (Véase la citada obra de Luis Varela, páginas 88 a 97 y 181 a 182).

D) Las concesiones de los ferrocarriles Noroeste del Uruguay (aprobada por ley de 8 de Febrero de 1881 y ratificada después, en 30 de Julio de 1885), Norte del Uruguay (de fecha 14 de Setiembre de 1885), Midland del Uruguay (de fecha 12 de Noviembre de 1884), son, también, a perpetuidad y se gobiernan, en cuanto al régimen de las tarifas, por la ley de 27 de Agosto de 1884, en cuyo artículo 31, transcripto en el precedente parágrafo B, se establece que el Poder Ejecutivo podrá intervenir en la fijación de aquéllas, a fin de rebajarlas, siempre que el Ferrocarril produzca más de 12 % anual de utilidad sobre el capital invertido. (Véase la citada obra del Dr. Luis Varela, páginas 97 a 104, 106 a 109 y 87).

Las Extensiones del Midland que van desde Algorta a Fray Bentos y desde Tres Arboles a Piedra Sola — concedidas, aquélla el 15 de Enero de 1907, siendo aprobada por la ley de 21 de Julio de 1907, y ésta el 20 de Marzo de 1909, siendo aprobada por la ley de 1º de Setiembre de 1910 — tienen que ser traspasadas al Estado a los noventa años, y en sus contratos se estableció que cuando las utilidades líquidas excedieran el 8 % anual sobre el capital garantido, o sea £ 5000 por kilómetro, el Estado tendría derecho a intervenir en la fijación de las tarifas. (Véase la cláusula Cuarta, inciso tercero, de la Concesión Algorta a Fray Bentos, y Quinta, inciso 3º de la Concesión Tres Arboles a Piedra Sola, en la obra citada del Dr. Luis Varela, páginas 189 y 224).

II

En todas estas concesiones, el Estado garantizó un determinado rendimiento a los capitales invertidos por las Compañías y, además, las exoneró de los impuestos de importación por los materiales que introdujeran, destinados a la construcción y explotación de los ferrocarriles, así como de la Contribución Inmobiliaria, de las patentes de giro y adicionales, etc. (Cláusulas 2ª y 13ª del contrato con el Ferrocarril Central, artículos 34 y 36 de la ley de Trazado General de Ferrocarriles de 27 de Agosto de 1884, 1º de la ley de 21 de Abril de 1911); pero se señaló un plazo máximo para el goce de esos privilegios, fué de cuarenta años en unas concesiones y de treinta y cinco en otras, habiendo vencido ya

esos plazos y terminado, por lo tanto, las garantías y los privilegios en todas ellas, salvo la del ramal Tres Arboles - Piedra Sola.

III

En el artículo 50 de la Constitución se establece que el Estado condicionará a su homologación la vigencia de las tarifas de servicios públicos a cargo de empresas concesionarias y que las concesiones no podrán darse a perpetuidad, en ningún caso; pero en la sesión número 46 de la Convención Constituyente, celebrada el día 23 de Marzo de 1934 (página 231 del libro de sesiones), quedó expresamente aclarado, por unanimidad, que aquella disposición no tenía efecto retroactivo y no afectaba, por lo tanto, a las concesiones ya otorgadas con anterioridad lo cual fué confirmado en la sesión de la Comisión de Constitución de aquella Asamblea (página 232 del libro de Actas citado).

Por otra parte, las disposiciones constitucionales, como las leyes, no pueden tener efectos retroactivos, salvo declaración expresa en ese sentido, y es evidente, que, cuando se les dá ese efecto, el Estado debe resarcir los daños y perjuicios que ello ocasione con motivo de las situaciones y contratos creados al amparo de las disposiciones vigentes.

IV

Todas las concesiones están en vigor y observancia, y en todas ellas se ha estipulado, como se ha visto, que corresponde a las Compañías concesionarias la fijación de las tarifas, sin intervención del Estado, mientras las utilidades líquidas que produzcan los ferrocarriles no excedan del 8% anual, en unos casos, o de 12% o de 16% en otros.

Ninguna de las líneas dá ni ha dado nunca estas utilidades; y por el contrario no solo no han podido repartir ni los mas modestos dividendos en estos últimos tiempos, sino que ni siquiera les ha sido factible cumplir con sus obligaciones hipotecarias. Esa situación se ha agravado, no obstante el aumento de los transportes, por la depreciación de la moneda uruguaya, por las leyes dictadas en estos últimos tiempos, que han elevado considerablemente los sueldos y salarios, que han obligado a conceder vacaciones remuneradas a los empleados y obreros, por la carestía de materiales y combustibles etc. etc. aumentando, así, considerablemente los gastos generales de la explotación.

V

En esta situación, las Empresas concesionarias no han tenido más remedio que apelar al recurso, único y extremo, de aumentar las tarifas, para obtener recursos con que cubrir sus gastos generales, pagar los intereses de sus "debentures", y poder repartir un modesto dividendo de 2% entre sus infortunados accionistas, que han invertido varias decenas de millones de pesos en proporcionar al país los servicios de transportes ferroviarios, con los que han contribuido en la forma más eficaz al progreso económico y al bienestar de la República, pero sin haber recibido dividendo alguno desde hace 15 años.

VI

Ante la suba de las tarifas, único recurso al alcance de las Empresas

para apuntalar su difícil situación, el Poder Ejecutivo, según se ha hecho público, piensa enviar al Parlamento un proyecto de ley sobre homologación de tarifas, entendiendo, al parecer, que, vencido el período de garantías y privilegios estipulado en las consesiones, el Estado no tiene ya traba alguna para intervenir en la fijación de las tarifas o el límite de las ganancias permitidas y hasta en la dirección misma de las Empresas.

VII

Frente a esa situación, que puede ser de extrema gravedad para las Empresas, mucho le estimaría su prestigiosa opinión sobre las siguientes cuestiones:

1º La facultad de las Compañías, establecida en las leyes y contratos de concesión, de fijar sus tarifas sin intervención del Estado mientras sus utilidades no lleguen al porcentaje previsto en aquellos ¿puede ser considerada como un "privilegio" sometido al plazo señalado para la vigencia de estos, o constituye un derecho de aquellas, de carácter permanente, inseparable de su propiedad y explotación de las líneas del que no podría ser privado sino por la vía de la expropiación?

Este punto deberá ser tratado separadamente para el caso del Central (contrato de 1878) y para las demás líneas regidas unas por la ley de 1884 y otras por la de 1906.

El fijar las tarifas, con la limitación establecida en favor de la intervención del Estado, ¿puede constituir un "privilegio" o es, más bien, una limitación al derecho de hacer rendir la mayor utilidad posible al capital y al trabajo, limitación impuesta por la naturaleza de servicio público que tiene la prestación a que se ha obligado el concesionario?

2º ¿Puede el Estado, a título de servir el interés público, anular, restringir o modificar unilateralmente las concesiones contratadas, a no ser por la vía de la expropiación?

3º En el caso de que el Estado pudiera intervenir libremente en la fijación de las tarifas, podría hacerlo de tal manera que privara a las Compañías de obtener una razonable utilidad por los enormes capitales que ha invertido en el país y por la vasta organización que mantiene en él, a fin de prestarle el servicio fundamental que realiza?

Si lo hiciera, así fuese mediante el respaldo de una ley ¿tal acto no configuraría un abuso o una desviación de poder, susceptibles de crearle responsabilidades?

Agraciéndole, desde ya, el dictámen con que se digne favorecerme, lo saludo con mi mayor consideración.
27 de agosto de 1945.

H. H. Grindley
Administrador General.

XI

DICTAMEN DEL DR. RAUL E. BAETHGEN (1)

Fecha: 15 de setiembre de 1945.

(1) Presidente del Colegio de Abogados del Uruguay; Presidente del Banco Territorial del Uruguay; Catedrático titular de la Facultad de Ciencias Económicas y de Administración; ex-Profesor de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales.

Montevideo, setiembre 15 de 1945.

Señor Jefe de la Sección Legal de la Administración
del Ferro Carril Central del Uruguay,

D. FEDERICO BRITO DEL PINO.

De mi distinguida consideración:

Cúmpleme evacuar la consulta que con fecha 1º del mes en curso Vd. se ha servido formularme a nombre de la Administración del Ferro Carril Central del Uruguay.

Los enunciados de esta consulta — con las precisiones orales que me fueron hechas por mi ilustrado colega y amigo, el Dr. D. Asdrúbal E. Delgado y Vd. — son los siguientes:

I

"1º La facultad de las Compañías, establecida en las leyes y contratos de concesión, de fijar sus tarifas sin intervención del Estado mientras sus utilidades no lleguen al porcentaje previsto en aquellos ¿puede ser considerada como un "privilegio", sometido al plazo señalado para la vigencia de estos, o constituye un derecho de aquellas, de carácter permanente, inseparable de su propiedad y explotación de las líneas, del que no podría ser privado sino por la vía de la expropiación?

Este punto deberá ser tratado separadamente para el caso del Central (contrato de 1878) y para las demás líneas regidas, unas por la ley de 1884 y otras por la de 1906.

El fijar las tarifas, con la limitación establecida en favor de la intervención del Estado, ¿puede constituir un "privilegio" o es, más bien, una limitación al derecho de hacer rendir la mayor utilidad posible al capital y al trabajo, limitación impuesta por la naturaleza de servicio público que tiene la prestación a que se ha obligado el concesionario?

"2º ¿Puede el Estado, a título de servir el interés público, anular, restringir o modificar unilateralmente las concesiones contratadas, a no ser por la vía de la expropiación?

"3º En el caso de que el Estado pudiera intervenir libremente en la fijación de las tarifas, podría hacerlo de tal manera que privara a las Compañías de obtener una razonable utilidad por los enormes capitales que ha invertido en el país y por la vasta organización que mantiene en él, a fin de prestarle el servicio fundamental que realiza?

Si lo hiciera, así fuese mediante el respaldo de una ley

¿tal acto no configuraría un abuso o una desviación de poder, susceptible de crearle responsabilidades?

II

He recorrido con atención todos los antecedentes útiles, a saber:

a) ley concesionaria de 27 de noviembre de 1877, Nº 1371; b) de 20 de agosto de 1887; de 30 de julio de 1887, de 14 de setiembre de 1888 que se remite en lo pertinente a la Ley de Trazado General de Ferrocarriles de 27 de agosto de 1884 — art. 31; c) ley de 8 de febrero de 1881, ratificada en 30 de julio de 1885; de 12 de noviembre de 1884; de 30 de mayo de 1896; d) convenio de 20 de abril de 1906 de conformidad con la ley de 3 de abril de 1906; de 21 de julio de 1907, de 1º de setiembre de 1910.

Las leyes citadas corresponden, unas a la concertación de concesiones, otras a ampliaciones en la extensión de estas, otras a la reducción del límite del rendimiento de la explotación concedida al cabo del cual límite se prevé la concurrencia del Estado para la fijación de las tarifas de transportes.

Fundamentalmente el régimen legal de tarifas está articulado en tres leyes relativas a sendos contratos de concesión y en el de la Concesión del Ferro Carril Central y el Convenio de 20 de abril de 1906, otorgado ante el Escribano D. Elbio Estrada, al que precedió la correspondiente autorización legislativa (ley de 3 de abril del mismo año). Por virtud de la cláusula 3a. del Convenio el límite de las utilidades netas cuya superación da al Gobierno el derecho optativo de hacer suyo el exceso resultante o intervenir en la formulación de las tarifas para abatirlas en medida correspondiente, es el ocho por ciento anual. La misma cláusula prohibe, por previsiones elementales, la elevación del Capital de la Compañía sin el asentimiento del Gobierno.

III

Para construir mi convicción he tenido en especial cuenta las opiniones vertidas antes de ahora y sobre la cuestión principal por eminentes jurisconsultos, los doctores D. Eduardo Brito del Pino, D. Pablo de María, D. Luis Varela, D. Juan José Amézaga, D. Asdrúbal E. Delgado, coincidentes en favor de la tesis de que la Compañía posee el derecho de fijar las tarifas con prescindencia del Estado, en tanto los rendimientos netos de la Empresa estén por debajo de los porcentajes estipulados, los que fueron objeto de posteriores fijaciones; no compone un privilegio, que entonces caducaría con la expiración de los respectivos plazos de las distintas concesiones; que este derecho tiene vigencia permanente y que, de entera licitud, legal y moral, no puede ser revocado por la decisión unilateral del Estado — ni por vía constitucional y menos legislativa — a no ser por la conformidad bilateral; en el otro supuesto, el Estado deberá expropiar con las debidas indemnizaciones.

En oposición a estas opiniones, de tanta solvencia profesional y de

tanto alto prestigio moral, constan las opiniones discrepantes de los ex-Senadores Dr. D. Manuel B. Otero y Justino E .Jimenez de Aréchaga y los ex-Fiscales Dres. D. Arturo Lapoujade, Victoriano M. Martínez y Rodolfo Sayagués Laso. En la actualidad, se anuncia en igual sentido la opinión del P. Ejecutivo en Mensaje que se dirigiría al Parlamento. Las conclusiones de la Comisión Especial designada por el P. E. por decreto de fecha 18 de abril del año en curso encargada de estudiar las soluciones propuestas por la Empresa del Ferrocarril Central del Uruguay, conclusiones que se anticipan por vía oficiosa, sostendrían que es derecho inalienable del Estado la intervención de éste en la regulación de las tarifas de servicios públicos concedidos en general y de ferrocarriles en particular. Esta afirmación se la asienta en el concepto central de que estos servicios y sus concesiones no pueden ser encarados con el criterio civilista o privatista, y que la condición de servicio público o sea esencial hace indesprendible la facultad soberana del Estado para la intervención en la fijación de sus tarifas.

IV

El problema, planteado sencilla y correctamente, se formula así:

Dado el régimen legal conforme al cual se convino entre el Estado y la Compañía, la concesión de que se trata, y en la que se concertó un sistema para la fijación de las tarifas, este sistema — porque constituye un privilegio en favor de la Compañía — ha caducado por efecto de la caducidad de los privilegios y exenciones que se operó con la expiración de los respectivos plazos que las respectivas leyes concesionarias establecen; o, si aquel sistema no constituye un privilegio; aunque la referida caducidad se operó, el sistema no queda afectado por ella y sigue por esto con su entera e indefinida vigencia.

De este enunciado se extraen dos presupuestos principales: ¿pudo el Estado contratar en la forma como lo hizo?; ¿confirió en verdad un privilegio en favor de la concesionaria cuando pactó que se abstendría de intervenir en la formulación de las tarifas en tanto los beneficios que recogiera la Concesionaria no pasaren de tales porcentajes? Si esto fuera un privilegio el problema desaparece "per se". La caducidad lo comprendería y el Estado tendría expedida la amplia intervención en la regulación de las tarifas; la amplitud no supone, iría sin decirlo, una conducta impropiamente exigente sino justa y cauta.

Anticipo que entiendo que sí, que el Estado pudo pactar en la forma como lo hizo, y que no sólo se condujo legalmente bien sino que sirvió sin ninguna duda el interés general. Y que, por razones legales — y ellas solas bastarían — ; por razones éticas — el Estado debe ser ejemplar en su conducta porque es la persona más alta de la comunidad, es la comunidad ella misma y cuando actúa, alecciona y ejemplariza — ; por razones económicas, alentadoras para la atracción estimulada de los necesarios capitales que por su magnitud y útil audacia pueden, sólo estos, acometer las grandes iniciativas impulsoras del progreso; también por razones políticas a las que aludiré con la máxima pruden-

cia, pero no sería atinado — por riesgosa que pueda ser su colación — omitir su discreta referencia.

Este problema no es solo un problema jurídico, aunque primordialmente haya que encararlo así, como un problema estrictamente jurídico; es un problema económico, y tiene naturales y muy dignas proyecciones políticas. Y puntualizo todo esto porque entiendo y conceptúo que no se le enfoca bien si sólo se le mira como jurista; es un problema de Estado, a fondo jurídico es cierto, pero para encararlo con larga visión, como estadista. Y, antes que nada, sin pasión; no puede negarse que cuantas veces ha sido promovido este mismo problema en nuestro país, la polémica se ha encendido en un tono que no acusa la adecuada serenidad; no se le debe examinar ardorosamente, como un tema doctrinal de aula, sino meditadamente, como una cuestión real, de alto gobierno.

V

Por esto mismo, y para clarificar su exámen, considero utilísimo hacer estas puntualizaciones:

a) La cuestión en estudio no se centra sobre si el Estado puede — y si puede hacerlo, entonces debe hacerlo — intevenir en la formulación de las tarifas, en principio, esto es, como si fuera a contratar ahora una explotación de transporte por concesión, sino si puede hacerlo en función de leyes concesionarias existentes y en las que la caducidad resultante del vencimiento del plazo acordado para los privilegios y exenciones no alcanza a un tratamiento especial y convenido (las cláusulas 11 y 13 del contrato de concesión del Ferro Carril Central del Uruguay) para la fijación de tarifas de carga y pasajeros. Si no se quiere aún tomar partido en la interpretación del alcance de la cláusula 13ª., hay que aceptar por lo menos que la cuestión es opinable y el Estado, para asumir actitud, no debe desentenderse de esto. Quiero decir que el Estado no puede componer su conducta como si nada trabara su conducta;

b) No sería justo, ni sería verdad, se censurara como exageradas en favor de la Compañía las cláusulas de las distintas concesiones acordadas; ni el plazo de duración de las explotaciones autorizadas, ni su sistema general de franquicias vigentes en tales plazos, ni la aprobación anticipada de la obtención del beneficio neto, que fué del 16% anual — cuando el interés legal era el 12% (ley de 4 de abril de 1838 y se emitía Deuda Pública al tipo de 90% con el interés anual del 12%. Posteriormente aquel rendimiento se limitó al 12%, y más tarde, se acordó un nuevo régimen, con más restricciones, que es el vigente;

c) El Estado, cuando concertó el primer contrato de Concesión necesitaba este servicio de transporte, esencialísimo, pero no estaba en situación de proveerlo por el mismo. La situación general del país — social, económica, política — no ofrecía ninguna atracción para la radicación de los grandes capitales requeridos para esta explotación. Sólo un régimen de importantes franquicias y la confianza en el porvenir

del país podían decidir la radicación de capitales. Sería injusto decir que los contratos de concesión son desmedidos en los beneficios que otorgan a los concesionarios. Los resultados conocidos evidencian que ninguna de las líneas ferroviarias nunca llegaron a dar, ni aproximadamente, los porcentajes límites; que durante años no se han repartido a sus accionistas, dividendo, y en otros se ha distribuido dividendos muy bajos. Y tampoco cabe desconocer que la concesionaria ha servido en grado importante al desarrollo y progreso del país. En tanto el Ferro Carril, como negocio, no ha sido un negocio brillante en ningún momento, ha sido y es un factor importante en la vida y civilización del país;

d) Es el Estado quien, en principio, debe tener a su cargo los servicios públicos; son servicios indispensables para la convivencia social, según el exacto concepto de Duguit. Los presta el mismo Estado, o los presta mediante delegación a particulares por medio de concesiones o de autorizaciones según los casos (Mayer). (1) En tales casos no se desprende de sus facultades de contralor, verdaderos poderes de policía sobre los servicios públicos (Hauriou). (2) El Estado posee y las ejerce en el caso en exámen, con la sola limitación de que las tarifas las decide la concesionaria, en tanto el producido neto no supere el porcentaje pactado El requisito exigido para toda innovación de las tarifas es el preaviso de treinta días, hecho conocer por avisos en los diarios. No hay otra restricción. Cual es el alcance legal y contractual de esta cláusula (11a. del contrato de Concesión) lo examinaremos más adelante. Por esta misma cláusula y como consecuencia natural del límite que demarca dos situaciones distintas para la formulación de las tarifas, queda establecida la intervención del Estado en cuanto a saber, extensa y completamente, la medida de los rendimientos netos de la Empresa, cuyo Capital, además, no puede ser aumentado sin asentimiento del Estado;

e) Sin adecuados estímulos no puede obtenerse la aplicación de capitales privados para llenar servicios públicos que el Estado debe atender pero no puede atender. Un criterio demasiado severo y restrictivo conduciría a la yacencia de estos servicios que el Estado no puede o no desea atender directamente; "se puede asegurar sin incurrir en ningún " error, afirma Rodolfo Bulrich, que muchas de las obras públicas y ser- " vicios de gran beneficio público no hubieran jamás podido establecer- " se si no se hubiera asegurado el régimen de monopolio, y que, si al- " guna vez se han cometido abusos no han tenido la repercusión ni el " alcance de otros asuntos de interés privado, siendo de notar que en " esos casos la culpa debe recaer, en primer término, sobre las entidades " encargadas de vigilar el servicio";

f) En la hora actual, distinta por todo concepto de las épocas en que se concertaron las concesiones de que se trata, la realidad nacional — en su triple aspecto económico, social y político — y los nuevos conceptos sobre la Administración Pública, sitúan al Estado y a sus con-

(1) Otto Mayer: "Le Droit Administratif Allemand". Tomo 30, pág. 347.
(2) Hauriou: "Precis de Droit Administratif", pág. 866.

trataciones en un nuevo plano. Titular especialísimo de potestades que sirven a sus más extensos deberes y moviéndose en la más ancha esfera de ejercicio y con distintas modalidades, quien contrate ahora con el Estado lo hace a sabiendas de las especiales calidades que el Estado posee o se atribuye. No así quien pactó antes ,"bona fide", lo sirvió aspirando legítimamente a servir su honesta conveniencia privada, y en función de un régimen contractual inobjetable se avino a hacer inversiones de capital importantes. Una disposición legal sobreviniente no puede alterar este régimen contractual porque sería una expresión de voluntad unilateral; tampoco puede hacerla la voluntad del Constituyente, que rige para el futuro (art. 49 de la Constitución de la República, año 1917, expresamente aclarado en su intención en las Actas de Sesiones de la Asamblea Constituyente; disposición incorporada a las Constituciones sobrevinientes). En principio inconcluso de que la ley no retrotrae en sus efectos es igualmente rígido para la norma constitucional; hay las mismas razones, todavía más enérgicas, para la no retroactividad de esta.

La no perpetuidad de las Concesiones, y la exigencia — para su validez, de la homologación por el Estado de las tarifas de servicios públicos a cargo de Concesionarios, rige el futuro, no el pasado, que es firme y válido, y obliga en toda su medida al Estado y a la concesionaria (art. 50 de la Constitución).

VI

La cuestión pivote está en decidir si la expiración del plazo de las concesiones — que tuvieran plazo estipulado — apareja la caducidad del derecho de la concesionaria a determinar por ella sola el régimen de las tarifas en tanto el rendimiento neto no satisface el porcentaje anual del capital aplicado.

La cláusula 11ª del contrato de Concesión del Ferro Carril Central dice así:

"La fijación de las tarifas de carga y pasajeros se hará por el Directorio de la Compañía y no podrá variarse sin preavisos en los diarios de la Capital con treinta días de anticipación. El Superior Gobierno solo intervendrá en ellas después que las utilidades líquidas lleguen al 16% anual". Este límite fué posteriormente abatido al 12% y, más tarde, al 8% anual.

El sentido de esta cláusula es claro e inequívoco. La fijación de las tarifas pertenece exclusivamente a la Compañía; la alteración de estas no tiene otra restricción que el requisito previo de su anuncio público con una antelación de treinta días para su vigencia. Esta fijación, excluyente del Estado, cesa a partir de la obtención del rendimiento previsto; entonces el Estado concurrirá con la Compañía para la fijación de las tarifas

¿Este régimen constituye un privilegio y cae, por esto, dentro de las caducidades establecidas en la cláusula 13ª? En nuestra opinión, no; no

constituye un privilegio y la expiración del plazo de la concesión, que hace operar la extinción de los privilegios y exenciones que la Concesión acuerda en favor de la Compañía, no afecta al régimen de la fijación de las tarifas, que es una conducta pactada y que implícitamente rige, no en tanto existía la Concesión sino en tanto exista el servicio a cargo de la Compañía.

Este régimen no configura un privilegio; idiomáticamente y jurídicamente, el concepto de privilegio en su expresión textual, y la figura del privilegio en la construcción jurídica, no identifican este régimen.

Es una modalidad del contrato, verdadera condición que determinó, con otras, estas sí, extinguibles por expresa previsión bilateral (las franquicias, exenciones de impuestos, etc.) la asunción, de parte de la Concesionaria, de las obligaciones que la explotación de un gran servicio público ponía a su cargo. No es imaginable que la voluntad de la Concesionaria se decidiera a aplicar gruesos capitales en una inversión de esta índole considerándose resarcida y suficientemente alentada con una explotación que al cabo de cuarenta años en un caso, y de treinta y cinco en otros, la desposeyera de su facultad de regular sus propias tarifas cuando los beneficios no alcanzaran los porcentajes previstos.

Sería un privilegio, entonces caducable, si el Estado hubiera asegurado a la Compañía un rendimiento mínimo, y en consecuencia tomara a su cargo enjugar las diferencias que resultaren. Pero el Estado sólo acepta como legítimo que aquel rendimiento llegue a producirse, y en tanto, este rendimiento, expresamente previsto y tenido por legítimo y razonablemente compensador, deja librado a la decisión unilateral de la Compañía la fijación de las tarifas; quien acepta el fin debe aceptar los medios conducentes al mismo fin.

No comparto el fundamento que se indicó, en anteriores oportunidades, por los eminentes colegas que entonces se expidieron sobre este punto y que apoyaban el derecho de la Compañía para determinar por ella sola las tarifas en tanto las utilidades no superaran el límite acordado. Aquellas opiniones se fundan en un concepto civilista que no acuerda con las nuevas concepciones prevalentes sobre el régimen de los servicios públicos. No comparto la afirmación según la cual la Compañía puede sostener que, en el régimen concertado para la fijación de las tarifas, la concesionaria ha hecho un desprendimiento de su derecho, más extenso; que es una limitación a la situación general que autoriza a procurar ganancias con libertad. Esto es verdad en la esfera de los negocios particulares; no es verdad en la zona de las relaciones con el Estado y se contrata con éste la explotación de servicios públicos que el Estado no puede o no le conviene explotar de modo directo.

Pero si no comparto aquel fundamento adhiero sí, a la conclusión; la fijación de las tarifas por la decisión unilateral de la Compañía, en tanto los beneficios sean inferiores a los previstos, es un derecho de la concesionaria, de origen contractual, no constituye un privilegio y sobrevive en tanto la concesionaria sea titular del servicio de que se trata.

Se objetará que es un derecho potencial del Estado vigilar un servicio

público de esencial interés como es el de los transportes (Rodolfo Bulrich. "Régimen legal de los Servicios Públicos de Electricidad en la Provincia de Buenos Aires". pág. 38) y que su primaria atención es la de sus tarifas. La afirmación es exacta; pero no es menos exacto que el derecho —y también el deber— del Estado de homologar las tarifas, el Estado lo ha ejercido al prestar su consentimiento y suscribir los contratos de Concesión, ha homologado por anticipado las tarifas que la Compañía estableciere, juzgándolas justas y convenientes para el interés general, no abusivas sino equitativas, toda vez que la actividad de la Concesionaria, regulada por las tarifas que ella misma establezca, no le rindan un producido superior al prefijado en la Concesión.

El Estado, al contratar de este modo, ha contratado válidamente y también con acierto; la Concesión obliga a la Concesionaria y obliga en igual medida al Estado; aquélla se beneficia con un lucro que supuso obtendría y el Estado se beneficia con un servicio público que no podía atender él mismo y de que, de otro modo, habría carecido.

Y este derecho, se dirá, cuándo se extingue? Cuando ambas partes contratantes lo acordaren, o cuando el Estado, por decisión unilateral suya decida ponerle término, pero indemnizando a la Concesionaria.

Tiene, pues, el Estado la facultad inspectiva para conocer el "quantum" de las utilidades y determinar si procede su concurrencia en la regulación de tarifas, y hacer suyo el superavit, si lo hubiera, o darle el destino más atinente al propio servicio. Y tiene, singularidad caracterizante de esta relación jurídica, que viene de su especial personería y los fines del Estado (y por esto desborda de la concepción civilista de los contratos) la facultad de obligar a venderle el derecho a explotar el servicio de transporte, en tanto la Concesionaria no tiene igual derecho a obligar al Estado a comprárselo.

Quiere decir, pues, que el Estado, al contratar en la forma como lo hizo, no se desprendió de su derecho a homologar, o no, las tarifas; lo ejerció desde ya, homologando de antemano todas las tarifas que se establecieran por la Concesionaria siempre que ellas no rindieran, por concepto de beneficios anuales, más del porcentaje establecido. Vigila por los medios de su intervención oficial, la situación de la Compañía; le veda a ésta que acreciente su capital sin su previa autorización; le obliga a que las modificaciones de las tarifas sean preavisadas públicamente. Y es suyo, desde luego, el derecho de poner término a la explotación del servicio materia de la Concesión, vale decir, rescindir por su sola decisión el contrato, indemnizando por supuesto.

V I I

La autorización dada por el Estado para que la Compañía pueda percibir una utilidad no superior a la autorizada comporta una homologación hecha por anticipado, es perfectamente legítima y también juiciosa. Así como las escuelas jurídicas tienen por argumento lógico en los problemas de interpretación, que una interpretación —de la ley o del contrato— que conduce al absurdo, no sirve porque el legislador o la parte

contratante no pueden haber querido el absurdo, de igual modo, cuando una interpretación —de la ley o del contrato— conduce a resultados que son coincidentes con los que muestran la realidad —la económica, o la que fuere— esa interpretación ha de tenerse por verdadera.

Posibilitar —véase que no es asegurar— posibilitar a una Empresa para que en la explotación de un servicio público, que el Estado atiende por vía de Concesión porque no tiene aptitudes financieras para hacerlo directamente o porque prefiere, teniéndolas, que se haga por concesionarios, obtenga un rendimiento razonablemente compensador, es la indispensable y mínima condición que exigiría hoy un Concesionario y es el menor estímulo que podría ofrecerle el Estado a un Concesionario. Para demostrar esto sería ocioso aportar consideraciones. A mayor abundamiento está la misma declaración del Estado —y todavía impugnable con muy valederas razones—, el que, al establecer un impuesto a las ganancias comerciales e industriales, en fecha reciente, lo hace gravitar sobre las utilidades que excedan del 12 %; es decir, que el exceso lo considera exagerado, pero debajo del 12 % las conceptúa moderadas y las exime, por esto, de gravamen.

¿Y puede ser considerado como un privilegio, esto es, como un favor extraordinario que sitúa en condición de especial ventaja, un régimen de conducta que se acordó para hacer posible la obtención de un rendimiento dado, que se consideró justo se obtuviera por la Concesionaria, y que se sigue considerando justo? En la hipótesis de que el Estado concurriera a la formulación de las tarifas, podría pretender, con equidad, que estas no condujeran a obtener aquel rendimiento?

Y agréguese, para quitar toda prevención contra el sistema pactado, que la Compañía demuestra que ninguna vez obtuvo tal rendimiento; que durante muchos años no pudo distribuir dividendo alguno; que durante años distribuyó dividendos muy bajos; que su situación financiera ha conocido períodos de mucha dificultad. Debe soportar la severa concurrencia de las carreteras, no previstas al tiempo de concertar las primeras Concesiones, y un régimen legal del trabajo, también sobrevenido, de notoria onerosidad, y las oscilaciones cambiarias. En fin de cuentas, este contrato de transportes ha sido un mal negocio para los concesionarios y un buen negocio para el Estado; aquéllos colocaron mal sus capitales y éste obtuvo un servicio público que llena una necesidad del Estado.

VIII

Las cuestiones en examen deben ser encaradas con ánimo exento de prevenciones. No se está, es evidente, ante una contratación leonina, ni una contratación opresora del interés general, sino de una contratación prudente, que ha conciliado los dos elementos que toda concesión de servicios públicos debe considerar: el interés privado que lo toma a su cargo y el interés público al cual ha de servirse.

Ni por la extensión de los plazos convenidos; ni por el otorgamiento hecho de privilegios y exenciones que se extinguen con los respectivos plazos; ni por la autorización dada para la fijación unilateral de las tari-

fas de servicios —verdadera homologación hecha por el Estado con la restricción proveniente de una determinada previsión de utilidades, que sufrió razonables abatimientos pero que ninguna vez fueron alcanzadas; por ningún concepto, cabe estimar como desmedidas en favor de la concesionaria las estipulaciones celebradas.

Y para enjuiciar tales Concesiones debe mirárselas en función de las épocas en que ellas fueron concertadas y la realidad nacional que ofrecían las mismas; en la actualidad, y a pesar de todas las variaciones que ésta ofrece, ¿podría el Estado concertar un régimen de Concesión en condiciones que lo beneficiaran en mayor grado?

Y es preciso, también, para el adecuado y sereno enfoque de estas cuestiones, eximirse — por quienes lo padezcan — del prejuicio contrario a la actuación de los capitales foráneos. La política útil y justa en servicio del país no es la que tiende a alejarlos sino la que tiende a atraerlos, no a cualquier precio por supuesto, pero sí con equitativas y alentadoras compensaciones. A este respecto no improviso convicción. Con ocasión de una consulta que evacué a propósito de la Concesión del servicio de transportes automotores en la Capital, expuse:

"Que se resista, en principio, el otorgamiento de monopolio es, en "general, una acertada posición de gobierno. Pero ya no, que por este "pre-concepto se lo repudie todas las veces y sistemáticamente. El país "está de vuelta de muchos conceptos que extendidos por prédicas insisten-"tes, bien intencionadas, no hay por qué negarlo, produjeron sus malos "frutos. Así, desde la tribuna parlamentaria, y desde la tribuna periodís-"tica y desde los clubes políticos, cuando se quería decir algo que situaba "mal, y desmerecía, se decía "empresista". La adhesión incondicional o "interesada a las organizaciones o empresas es lo vituperable; pero la pré-"dica, empujada por el calor de la polémica cívica y electoral, englobaba, "sin mayores distingos, en el mismo epíteto desdeñoso y agraviante, las "organizaciones capitalistas. El país ya conoce los frutos de esta actitud. "También resultó justo y exacto rectificar la impugnación de "imperia-"lismo" del capital inglés y de "imperialismo" del capital norteamericano "y se previno sañudamente a la opinión popular. Todavía quedan algunas "voces supérstites que "quand méme", los siguen apuntando con el dedo "acusador. El país también conoció los frutos de estas prevenciones, y su "recuerdo en esta actualidad, caracterizada por la revisión de conceptos "y de conductas, es incómodo". (3).

IX

Dije antes que las Concesiones de este género deben ser consideradas no sólo desde el ángulo jurídico; el ángulo jurídico no las abarca por entero. También deben ser consideradas desde el ángulo ético —conducta ejemplar que está impuesta al Estado como contratante. Paralelamente, las soluciones por las cuales se resuelva la interpretación de situaciones que se ofrezcan como equivocas serán también determinadas en función

(3) La concesión de la CUTCSA. Su legalidad. Pág. 324. Año 1944.

de un inteligente y previsor sentido económico. En el caso que se estudia concurre todavía una especialísima consideración de alta política, que el Estado no debe desconsiderar y a la que me refiero al final de esta respuesta.

Técnicamente, la Concesión es un derecho otorgado por la Administración a un particular o Empresa para realizar o prestar algún objeto, algún servicio, de la incumbencia propia y exclusiva de aquella y sujeto a tarifa de explotación. (Sabino A. Gendin. "Los contratos públicos", edición 1934. Pág. 262). Es de condición administrativa y bilateral; recae sobre un servicio público y configura un contrato aunque regido, por su naturaleza, por el Derecho Público. Es innegable la bilateridad de estos modos de pactar. Son estos pactos, "leyes-convenciones" (Duguit); leyes por lo que respecta a su faz reglamentaria y convenciones por lo que respecta a su faz contractual. (4).

Enseña el profesor argentino Bielsa, que es presupuesto necesario de la Concesión, el interés público que la determina. Si éste falta o si aparece en conflicto con el interés privado, siempre prevalece el interés público.

Se explica y acepta esta prevalencia. Pero es menester que haya este conflicto. Y cuando ocurre este conflicto, o cuando se entiende que se ocurre este conflicto, el Estado se resuelve en favor del interés público pero no con despreocupación del interés privado sino con justa reparación del interés privado. La concesión tiene, como ya se expuso, su faz de contrato y como tal, ampara y obliga. Y sigue vigente en tanto aquel conflicto no se produzca. Si se produjere, el Estado recobra su potestad inmanente de hacer, en servicio del interés público, pero indemniza el interés particular en su legítima medida.

Nada impide, en el caso, que el Estado declare la rescisión de las Concesiones existentes con la Empresa del Ferro Carril, si cree que así servirá mejor el interés del servicio público, y las expropie. Pero no sería jurídico, ni moral y comprometería sus conveniencias económicas —de presente y de futuro— si desconociera, con flagrante injusticia y con censurable ingratitud, un régimen contractual al que el Estado concurrió, que ha sido benéfico para el interés general, que le proporcionó un servicio público que de otro modo no habría podido obtener, y que lo liga, en las obligaciones supérstites al vencimiento de los plazos acordados, a la Concesionaria, y lo liga jurídica y éticamente.

La buena fe que debe presidir toda contratación, debe presidir todavía más enérgicamente las contrataciones que celebre el Estado. El Estado en todas sus actuaciones debe ejemplarizar, aleccionar; su correcta conducta debe ser el patrón de la buena conducta, por lo que ésta refleja sobre la comunidad y por lo que ésta prestigia al propio Estado, cuyo crédito moral tiene inmediatas y constantes proyecciones económicas. Hace mal el Estado que, en situaciones opinables resuelve, por sistema, las dudas en su favor. Su provecho inmediato valdrá siempre menos, mucho menos, que la re-

---

(4) Duguit: "Las transformaciones del Derecho Público". Cap. IV. Parágrafo VI).

ducción, y aún la pérdida de la confianza que merezca para nuevas contrataciones. El Estado prestigia y enaltece, y por esto sirve mejor la conveniencia general, cuando su conducta demuestra que contrata con buena fe, que cumple con buena fe y que interpreta con buena fe las situaciones que parezcan dudosas. La "bona fide" en la concepción de los juristas romanos, recogida universalmente, es la recta intención-promedio, y por esto es exigible al común de las personas. La moral del Estado debe ser más alta y severa; la medida de su probidad en los tratos debe estar por encima de la "bona fide", como en el trato de caballeros. Esta conducta no sólo le da la mayor dignidad; le da la reputación que inspira confianza —nacional e internacional— y que alienta a los particulares para contratar con el Estado sin justificadas prevenciones y aún mismo explicables retraimientos.

X

Insinué antes que, para considerar atinadamente las relaciones de negocios entre el Estado y los titulares de capitales extranjeros, sería imprudente desconsiderar su apreciación desde el ángulo político. Aclaro —en previsión de fáciles e impulsivas objeciones— que no me rindo al capital por el capital mismo, y que tengo, como todo ciudadano, un severo y celoso concepto de la independencia del país. Pero nada de esto tiene que ver con lo que voy a expresar, y que puedo expresar con la necesaria desenvoltura con que es dado opinar a quien —como en mi caso— evacúa una consulta profesional que le fué honrosamente solicitada, y no lo ata ninguna investidura oficial que le vedaría, es posible, esta amplia comunicación de su pensamiento. Desde luego que esta desenvoltura no excluye la más prudente mesura.

Las relaciones de negocios en casos como el de que se trata, no son abarcados en sus verdaderas dimensiones si sólo se les enfrenta con criterio de abogado, ni aún de Jurista. No basta el enfoque legal para resolverlos, aunque la materia legal integra su fondo. Las estimaciones de orden económico de las consecuencias de la solución que se adopte, y que agudamente postula el profesor Erich Danz (5) como fuente de interpretación de textos equívocos o incompletos, deben pesar legítimamente en el escogimiento de soluciones y conductas, sobre todo cuando, agregamos nosotros, quien ha de hacerlo es el Estado.

Demasiado me doy cuenta de que esta composición de conducta debe afirmarse con la más severa pulcritud de propósitos y debe ser ejercida con exquisita dignidad oficial. Pero deben ser tenidos en cuenta porque el Estado, cuando contrata, no es sólo un contratante; es el Estado, el más privilegiado de los contratantes pero también es el responsable de los contratantes. Su conducta no sólo puede comprometer el interés general, si lo interpreta con error, y el patrimonio oficial, si incurre en exceso o en injusticia. Su error, su exceso, su injusticia, todavía más si afectan a patrimonios de origen foráneo, pueden causar más largas proyecciones; y esto con indiferencia de que ocasionen o no, reclamaciones oficiales formales.

---

(5) E. Danz): "La interpretación de los negocios jurídicos". Pág. 119.

Y en el caso de los Capitales ingleses, las rectas conveniencias de nuestro país conducen a mirarlos con el merecido respeto, no servil respeto, digno respeto que también se les adeuda por su tradicional conducta liberal pero, además, porque la radicación de capitales ingleses sirve al mejor mantenimiento de un equilibrio internacional, que es prenda de seguridad para todos. Quienes hayan estudiado con alguna hondura estos problemas tan fundamentales, aceptan que el Río de la Plata es punto neurálgico —en el aspecto total— para el equilibrio internacional, y que Gran Bretaña atiende con previsión indeclinable y acertadísima. Esta atención comporta una sólida y honrada tranquilidad para todos, de hidalga y circunspecta intención, que no roza ninguna soberanía.

La existencia de capitales ingleses importantes radicados en el Río de la Plata justifica ante los mercados coloniales de Gran Bretaña, con economía semejante a la nuestra, que Gran Bretaña se provea en nuestro mercado de productos que pueden proporcionarles algunas de sus propias Colonias. Si los capitales ingleses fueran desarraigados de nuestro país, aquella explicación, que aceptan de buen grado quienes podrían considerarse como damnificados, habría desaparecido. La avisora y prudentísima previsión de buena política —que viene a todo lo largo de la historia del Río de la Plata— seguiría teniendo su alta razón de ser; pero no existiría, en este supuesto, el motivo, honorable e invocable, para que en los hechos la conducta británica sirva con efectividad aquella alta previsión.

Estas mismas consideraciones tuve ocasión de exponerlas a raíz de un pedido de opinión sobre determinada negociación de compra de una Empresa extranjera; llamé la atención sobre esta faz del problema: si la inobjetable solución, en principio, de nacionalizar o de municipalizar determinados servicios públicos que no explota el Estado, nos debe hacer meditar también sobre si el alejamiento de capitales británicos es o no indiferente para la posición internacional del Uruguay. Yo creo decididamente que esta es una cuestión previa y de mucha importancia, que sin imponer soluciones y asunción rígida de conducta no debe, sin embargo, desmerecerse.

XI

En respuesta al cuestionario que me fué propuesto, y que está transcripto al comienzo de este informe, expreso estas conclusiones:

1º — La facultad de las Compañías, establecida en las leyes concesionarias y contratos de concesión, de fijar por ellas solas las tarifas de transportes de pasajeros y de cargas en tanto las utilidades no lleguen al porcentaje previsto, no constituye un privilegio sino un derecho: como tal, no le comprende la caducidad que para los privilegios y exenciones se opera al cabo de la expiración de los plazos de las respectivas Concesiones.

La fijación de las tarifas en la forma acordada importa el ejercicio de la facultad de autorizar o sea homologar, por parte del Estado las tarifas que fije la Concesionaria dentro del límite previsto; el modo anticipado de esta homologación no afecta su entera validez.

2º — El Estado debe ajustar su conducta al régimen de las Concesiones acordadas. Le asiste el derecho inmanente de hacerlas cesar, pero por vía de expropiación o por una negociación directa si la juzgara conveniente.

3º — Por las más fundadas razones es presumible que las tarifas — si fueran estas acordadas con la intervención del Estado— no podrían desentenderse de que un rendimiento normal del capital invertido y la compleja atención que esta explotación demanda sea inferior al interés-límite establecido para la vigencia del sistema actual.

La decisión oficial que infringiera el régimen de las concesiones configuraría un abuso o una desviación de poder, —según se manifestara— pasible de responsabilidades demandables.

Evacuada la consulta que me fué formulada me es grato saludar a Ud. con mi distinguida consideración.

Raúl E. Baethgen.

XII

DICTAMEN DEL Dr. APARICIO MENDEZ (1)

Fecha: 10 de octubre de 1945.

(1) Catedrático de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho.

Montevideo, octubre 10 de 1945.

Señor Jefe de la Sección Legal de la Administración del Ferro Carril Central del Uruguay.

DON FEDERICO BRITO DEL PINO

Presente.

De mi mayor consideración:

Se ha dignado usted someter a mi estudio el siguiente cuestionario:

I

"1º La facultad de las Compañías, establecida en las leyes y contratos de concesión, de fijar tarifas sin intervención del Estado mientras sus utilidades no lleguen al porcentaje previsto en aquellas ¿puede ser considerada como un "privilegio", sometido al plazo señalado para la vigencia de éstos, o constituye un derecho de aquellas, de carácter permanente, inseparable de su propiedad y explotación de las líneas del que no podría ser privado sin expropiación?

Este punto deberá ser tratado separadamente para el caso del Central, (contrato de 1878) y para las demás líneas regidas unas por la ley de 1884 y otras por la de 1906.

El fijar las tarifas, con la limitación establecida en favor de la intervención del Estado, ¿puede constituir un "privilegio" o es, más bien, una limitación al derecho de hacer rendir la mayor utilidad posible al capital y al trabajo, limitación impuesta por la naturaleza de servicio público que tiene la prestación a que se ha obligado el concesionario?

"2º ¿Puede el Estado a título de servir el interés público, anular restringir o modificar unilateralmente las concesiones contratadas, a no ser por la vía de la expropiación?

"3º En el caso de que el Estado pudiera intervenir libremente en la fijación de las tarifas, ¿podría hacerlo de tal manera que privara a las Compañías de obtener una razonable utilidad por los enormes capitales que ha invertido en el país y por la vasta organización que mantiene en él, a fin de prestarle el servicio fundamental que realiza? Si lo hiciera, así fuese mediante el respaldo de una ley ¿tal acto no configuraría un abuso o una desviación de poder, susceptibles de crearle responsabilidades?

II

NATURALEZA DE LA CLAUSULA TARIFARIA DE 1877

La cláusula 11ª de la Concesión de 27 de noviembre de 1877 establece que "la fijación de las tarifas de carga y pasajeros se hará por el Di- "rectorio de la Compañía y no podrá variarse sin previos avisos en los "diarios de la Capital con treinta días de anticipación. El Superior Go- "bierno solo intervendrá en ellas después que las utilidades líquidas lle- "guen al 16 o|o anual". La cláusula 13º dice, a su vez, que "la línea que- "da siempre propiedad de la Compañía concesionaria, pero los privile- "gios y exenciones que por esta concesión acuerda el Estado sólo durarán "por el término de cuarenta años contados desde la fecha en que se "aprueben estas modificaciones y aprobado que sea este contrato quedan "anuladas todas las concesiones anteriores a la presente". Con posterioridad (20 de abril de 1906) se convino que en caso de que las utilidades líquidas excedan del 8 o|o anual sobre el capital real o sea sobre el valor de la línea, el Gobierno podrá optar entre intervenir en las tarifas hasta reducir los resultados netos sobre el capital real a 8 o|o anual, o recibir dicho exceso quedando entendido que "en ningún caso podrá aumentarse el capital sin asentimiento del Gobierno". Este régimen tiene carácter legal, (Ley Nº 1371) con excepción del límite de utilidad establecido últimamente que se hizo por vía convencional.

Las otras concesiones fueron comprendidas por el Art. 31 de la Ley de Trazado General de Ferrocarriles de 27 de agosto de 1884, cuyo artículo 31 establece: "siempre que un Ferrocarril produzca más de 12 % "anual de utilidad sobre el capital invertido el Poder Ejecutivo podrá in- "tervenir a fin de rebajarlas después de oída la Empresa".

Tenemos así, en materia de tarifas, un régimen común que excluye la intervención del Estado mientras las utilidades no lleguen a cierto límite, variable para tres grupos de concesiones.

Como los privilegios y exenciones caducan para la Concesión de 1877, a los cuarenta años, y para otras a los treinta y cinco, con la sola excepción de un ramal, se planteó el problema de saber si la no intervención a que acabo de referirme es un privilegio, y, por consiguiente, ha desaparecido.

En mi opinión la respuesta debe ser negativa. La no intervención tarifaria del Estado dentro de límites razonables como los determinados en las concesiones, no cabe en el concepto de privilegio. Ni el contenido de esta figura, ni las fórmulas de nuestro derecho positivo, ni la doctrina informan la tesis afirmativa.

Si bien la definición gramatical de privilegio es clara, el estricto contenido técnico del vocablo todavía es objeto de discusiones. Sin embargo, hay ya conciencia formada sobre su alcance y la doctrina ha podido últimamente, desembarazándose de matices, entrar a las clasificaciones. El privilegio, que es la gracia o prerrogativa que exceptúa o libera de una carga o gravamen u otorga una exención, puede dividirse

según Alcides Greca en ordinario y extraordinario. (LA LICITACION Y EL PRIVILEGIO EN LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS, páginas 35 y siguientes). El privilegio ordinario alienta el propósito de beneficiar a los particulares, se inspira en el interés de los administrados siendo, por su naturaleza, extraños al problema que se estudia aquí. El **privilegio extraordinario**, se inspira, en cambio, en el interés colectivo directamente, ya que se otorga para proteger una industria o para la mejor realización de un servicio público.

Desde el punto de vista positivo el privilegio confiere un derecho excepcional; negativamente, libera con una exención, también excepcional. Está en la esencia de esta figura jurídica, su carácter excepcional de tratamiento personalísimo. Como dice muy bien Bielsa "el privilegio consiste en la "exclusividad" de ejercitar cierto derecho" o, agregamos por nuestra parte, de no cumplir determinada obligación general. En este caso falta el elemento que se ha mencionado. Ni puede decirse que la no intervención tarifaria fué excepcional en su momento ni afirmarse a partir de la Ley General de Ferrocarriles que se trata de un régimen excepcional. Hasta 1934, en que se adoptó sin limitaciones el sistema de la homologación tarifaria para la concesión de servicios públicos, rigió en nuestro derecho positivo el sistema de la no intervención gubernativa hasta determinado límite de utilidades. Desde el momento que determinada ventaja toma el carácter de general en una materia, pierde, si lo hubiera tenido en algún momento, su calidad de privilegio.

Si miramos el sentido de la cláusula 11ª también nos convencemos de que su verdadera índole es extraña a la idea de privilegio. La doctrina enseña que éstos se entregan ya con el propósito de facilitar la realización de un servicio público, ya con el de estimular una actividad privada, ya con el de realizar determinada política económica. Las concesiones de ferrocarriles se movieron por este último impulso, vale decir, respondieron a una política de atracción de capitales extranjeros. Los privilegios y exenciones consecuentes con tal plan están perfectamente caracterizados dentro de los convenios y leyes respectivos. Basta un ligero examen del articulado para ver en claros relieves, las liberaciones impositivas, garantías de intereses fijos por capitales invertidos, las liberaciones de su personal, etc. La no intervención dentro de un margen de utilidades líquidas para fijar las tarifas no era evidentemente un beneficio sino un expediente que permitía a la empresa concesionaria **per se** asegurarse un margen de utilidades. Lejos de ser una liberalidad reflejó el deseo etático de librar al juego de la capacidad del concesionario la racional explotación del servicio, alejando la posibilidad de la garantía de intereses fijos sobre la que ya tenía experiencia formada. Dicho de otra manera, falta en el precepto comentado el real contenido de liberalidad, que es propio del privilegio.

Cabe señalar, en otro plano, que la teoría de la homologación necesaria se había abierto camino tímidamente muy poco antes en derecho comparado. No es posible afirmar, por consiguiente, si bien hay antecedentes en nuestro medio, aislados, que en aquellos momentos se hubiera adoptado como regla el criterio homologatorio y como excepción el pac-

tado con la Empresa. Los antecedentes son bien ilustrativos al respecto.

Veámoslos rápidamente.

Las concesiones se consideraban entonces contratos civiles; aún hoy casi la unanimidad de la doctrina mantiene aquellos negocios jurídicos en el campo contractual, esforzándose por demostrar que son de derecho público. Hasta en las consultas de nuestros grandes maestros, redactadas con motivo de este problema, vemos invocaciones contractualistas. Dentro de esta tendencia debía dominar el principio de la no intervención y, como excepción, la homologación tarifaria. Esto por sí solo excluye la idea de privilegio. Agréguese la solución general de la Ley de Ferrocarriles de 1884, que ya hemos citado, por la que se adopta la intervención tarifaria a partir de cierto límite y toda duda desaparece. Pero hay más. El sistema de la homologación amplia se inspira en uno de los aspectos de la tarifa que vamos a ver más adelante: la protección del usuario, esto es, el abaratamiento de la tasa. Aquí la fijación de la tarifa estaba regulada por el interés del Estado y el de la Empresa. La Empresa porque antes que el costo del servicio para el público se mira in abstracto un margen de utilidades: se parte del capital y no del servicio; el Estado, porque tenía entonces deuda atrasada de garantía y mantuvo fórmula de garantía fija de interés mínimo. Tan exacto es esto que en 1906, en el Convenio oportunamente citado, el Gobierno se reservó el derecho de recibir el exceso de utilidades. (Cláusula 3ª de la escritura otorgada el 20 de abril de 1906 ante el Escribano don Eibio Estrada).

De todo esto se infiere que la cláusula 11º no tenía el contenido de excepcionalidad que estructura el privilegio, ni se informaba en el propósito de constituir un beneficio ni figuraba en los conceptos de la época como una manifestación de defensa del usuario.

Merece también, como valioso antecedente, especial consideración lo actuado por nuestros gobernantes. Desde el estudio del Senador doctor Manuel B. Otero, en 1920, hasta hace relativamente poco tiempo, los esfuerzos se han orientado, desde el punto de vista constitucional, a defender, apoyados en una jurisprudencia comparada no siempre adaptable a nuestras fórmulas, el sistema amplio de la homologación. Se confundía, creo, lo que podía ser la mejor fórmula y lo que cabía dentro de la potestad legislativa y administrativa de nuestro Estado, con lo que resultaba de la realidad legal. Para mí no hay duda alguna de que hasta 1934 podíamos optar por cualquier sistema en esta materia, pero mientras no se derogaran las leyes especiales de concesiones ferrocarrileras nos regíamos por el sistema de la homologación limitada a partir de cierto margen de utilidades variable. El artículo 50 de la Constitución de 1934 estableció definitivamente el régimen de la homologación integral de las tarifas.

En ese debate estéril, por sus consecuencias inmediatas, al menos, se desvió la cuestión tratando de ir a la homologación total mediante la aplicación del concepto de privilegio, caducado por vencimiento del término, para la limitación de la cláusula 11ª de la ley concesionaria de 1877. Caben aquí estas admirables palabras de Bielsa: "se tiene concien-

"cia, no pocas veces, de que tal o cual concesión es inconveniente para "el interés público y, lo que es peor, se olvida, a pesar de eso, que exis- "ten medios jurídicos por los cuales se pueden extinguir las concesiones "de servicios públicos..." (JURISPRUDENCIA ARGENTINA" Las Tarifas de Servicios Públicos en el Régimen de Concesiones". Tomo XLVII, página 428).

Hay, para mí, prescindiendo de lo expuesto y sin dejar de aplaudir el celo que demuestra ese propósito de dar preferencia al interés público, un doble error en esta lucha por la homologación integral: primero, en examinar un régimen tarifario de 1877, encarado con un criterio particular, a través de las ideas actuales y cambiando el punto de vista de la concesión original en este aspecto; y, segundo, en dar a lo especial o excepcional el carácter de privilegiado. El privilegio es, frente a la excepcionalidad de la concesión, la especie. Todo privilegio es excepcional, pero no todo tratamiento excepcional configura técnicamente un privilegio.

Creo dejar en estos términos contestado el primer punto. La facultad del Directorio de la Empresa Concesionaria para fijar las tarifas sin intervención del Estado mientras sus utilidades no lleguen al porcentaje previsto, no es un privilegio sino una fórmula que le asegura per se y en beneficio común con el Estado, un margen de ganancias. Por su fin está inspirada en la protección razonable del capital invertido (seguridad de intereses) y no en la defensa del usuario, vale decir, la tarifa se regula en función de los intereses. Por su contenido no es un privilegio o beneficio, sino la aplicación del régimn general para la materia adoptado por nuestro derecho positivo.

ESTABILIDAD DE LAS CONCESIONES

Las concesiones, por su contenido, están hoy fuera del alcance jurídico de las ideas contractualistas, — subordinadas al poder público que las establece, condiciona y altera.

El concepto simplista del contrato si bien por el conservadorismo de la doctrina no ha sido eliminado, se ha reducido por lo menos, quedando como uno de los aspectos de la concesión. Jéze, recogiendo las enseñanzas de la jurisprudencia francesa, ha distinguido, particularmente con Bonnard, la zona concesionaria en que dominan la ley y el reglamento, de la presidida por el poder de policía y la ocupada por el contrato propiamente dicho que fué su parte medular.

Hace tiempo que hemos fijado nuestra posición frente a este capítulo fundamental del derecho administrativo. La concesión es un acto jurídico-administrativo y no un contrato. La intervención legislativa no altera su naturaleza: se impone unas veces por razón de garantía o es requerida por los derechos excepcionales que es necesario otorgar.

Como acto jurídico-administrativo está regulada por la disciplina correspondiente y secundariamente por el derecho constitucional. Por su fin, ese acto obtiene para el Estado la colaboración de los capitales y

esfuerzos privados en la realización de un servicio público que aquel no está en condiciones o no cree conveniente realizar en forma directa. El servicio público, fin del acto, regula su forma, contenido y caracteres. El capital y el trabajo que se incorporan al servicio en colaboración, no pueden escudarse en la intangibilidad de un contrato para interponerse entre el Estado y sus administrados, para alterar la satisfacción de una necesidad colectiva. En un conflicto así hay una parte nada más: el Estado como responsable de ese servicio. Pero como correlativo, el concesionario tiene las protecciones jurídicas constitucionales del capital y del trabajo. Precisamente por culpa del viejo contractualismo civil se creó el concepto de que los actos jurídicos-administrativos, por su unilateralidad, dependían del arbitrio de los órganos públicos.

Estaban, así, enfrentados dos intereses excluyentes, sometidos a dos regímenes jurídicos divergentes. Hoy, eliminando el concepto de contrato y dando el acto jurídico una adecuada regulación, se evitan esos conflictos impidiendo el sacrificio del Estado, del público y del concesionario.

En efecto, todo lo relacionado con la concesión vive y actúa teniendo presente el servicio público y considerando que éste está a cargo del Estado, por quien se realiza. Frente a ese servicio público no puede el concesionario, que es un colaborador, invocar un contrato. El Estado no puede enajenar sus obligaciones para con la colectividad ni limitar por contratos todo lo que pueda reputarse obligación hacia el público. Pero tampoco puede, al buscar el capital y el esfuerzo privados, explotarlos arbitrariamente, alterar económicamente los cálculos previstos de buena fe y beneficiar al público a expensas del sacrificio de su colaborador. De ahí que la eliminación de la antigua idea contractualista sea la solución racional. Se protege de este modo leal e integralmente al concesionario y se defiende al público objeto permanente del servicio, de las luchas entre concesionarios y concedente.

El acto de concesión está integrado, en nuestro concepto, por tres elementos: primero, los preceptos que rigen el servicio público respectivo; segundo, las potestades, privilegios y garantías que el Estado delega y otorga a sus colaboradores; y, tercero, por la substancia económica que es el asiento físico del acto. En este aspecto el Estado pide y da. Pide ventajas especiales como usuario, participación en las ganancias o regalías; y da por la naturaleza de las cosas y por la protección constitucional del capital y del trabajo, un lucro o ganancia. Toda la vida económica de la concesión que es, en sí misma, la realización del servicio, está dominada por ese elemento. Podría decirse que al fin de cuentas en la concesión hay dos intereses convergentes y equilibrados: **asegurar un servicio público por parte del Estado, obtener un lucro por parte del concesionario.** Todo lo demás es secundario en una concesión y gira alrededor de esos dos intereses. Ahora bien: el Estado no puede comprometer por contrato la realización indefinida de un servicio público ni permitir, si el interés colectivo está dañado, que se siga cumpliendo, aún regularmente, una concesión. El concesionario, por su lado, no puede pretender, contra los intereses colectivos, seguir usufructuando una

posición. Está, pues, en la esencia de todo acto jurídico de concesión el derecho revocatorio del Estado, pero como todo derecho debe ser usado en forma leal, regularmente, defendiendo los intereses colectivos a su cargo y reparando todos los perjuicios que sufra su colaborador en beneficio de la colectividad. Esta, por intermedio del Estado, debe resarcir a unos pocos los perjuicios sufridos por ella o para ella. Tal es el contenido ético-jurídico del fundamento de la responsabilidad objetiva del Estado que he denominado fórmula Mayer-Teissier, o de la proporcionalidad de las cargas sociales: cualquier daño que sufran los menos por los más debe ser reintegrado por éstos a fin de que todos soporten la misma carga social.

Contesto la segunda pregunta diciendo que el Estado, a título de servir el interés público, no puede anular una concesión porque la anulación debe fundarse en vicio jurídico del acto. Puede en cambio, con ese mismo título, revocarla, modificarla en cualquier aspecto, pero tiene la obligación de indemnizar al concesionario los daños y perjuicios consiguientes. Si hay revocación puede adquirir los bienes o expropiarlos si la ley lo faculta para ello, pagando además los daños y perjuicios que sean consecuencia directa e inmediata de su medida. Si hay modificación debe indemnizar todo lo que haya alterado económicamente el régimen concesionario, manteniendo el lucro en su nivel normal. Pero todo esto no por los principios contractualistas sino por los que regulan los actos jurídico-administrativos, principios que serán estudiados enseguida.

ALCANCE DEL INTERVENCIONISMO

Hemos afirmado el derecho etático a revocar las concesiones o alterarlas según lo determine lealmente el interés del servicio público. Tal afirmación, como es lógico, comprende también el orden tarifario. Decir esto, no significa extenderle al Estado una carta de irresponsabilidad. Si se fijó un régimen para la determinación de tarifas su alteración solamente producirá efectos económicos frente al Estado y frente a los usuarios. El concesionario, que entró a colaborar en consideración a una ganancia, que reguló el funcionamiento de los servicios desde su punto de vista, teniéndola en cuenta, debe seguir recibiendo una compensación igual o equivalente en las condiciones normales del medio. Y esto nos lleva al estudio que lamentablemente tiene que ser breve, de las tarifas. El futuro de la Democracia, ha dicho Taussig, dependerá de su éxito en enfrentar los problemas de la propiedad y reglamentación de los servicios de utilidad pública. (Plinio A. Branco. CONCESSAO DE SERVICOS DE UTILIDADE PUBLICA NO REGIME DE "SERVICO PELO CUSTO").

La tarifa, que es, como acabamos de verlo, el elemento fundamental de la concesión, ha sido considerada como su "ecuación financiera". Es en ésta que reside generalmente la eficacia del servicio público y la lealtad en el cumplimiento del acto jurídico constitutivo. En el juego de intereses que es, en parte, la vida, los gobernantes han tratado de cumplir con sus electores rebajando las tarifas a expensas del concesionario

y éste de aumentar sus ganancias mediante la obtención y mantenimiento de tarifas elevadas. Mirando el proceso con cierta perspectiva puede observarse que entre nosotros se han invertido los términos en lo que va del siglo. Ha desaparecido en estos países la necesidad apremiante de capitales extranjeros. Por otra parte, las tendencias de nuestro derecho público manifiestan un afán de estatización creciente que contribuye a fijar un tratamiento rígido, severo y hasta exageradamente fiscalista algunas veces, a las empresas concesionarias.

En tales condiciones, el deber del jurista, contra el espíritu de las tendencias políticas, consiste en examinar las fórmulas serenamente, dándoles su exacto alcance y defendiéndolas contra los avances de tendencias más o menos definidas.

Es necesario, por consiguiente, distinguir los elementos que integran las tarifas y fijar el campo de penetración del Estado en ellas.

Las tarifas se instituyen en función de tres factores igualmente importantes: primero, el interés del Estado, concedente, que debe mirar la realización del servicio público, aunque por desgracia muchas veces mezcla su interés fiscal; segundo, el interés del usuario, defendido también por el Estado y, tercero, el de la empresa concesionaria que viene a comprometer su capital en la obra superior de colaboración con el Estado. La solución jurídica exacta no puede permitir el sacrificio de ninguno de esos intereses ni romper el equilibrio económico en que desarrolla el régimen de concesión. Cuando uno de los factores adquiere importancia e impone una alteración, debe reintegrarse al otro lo que la necesidad obligó a retacearle. De ahí que la intervención en materia tarifaria esté presidida por la idea vertebral de que el lucro razonable, la ganancia preestablecida, se encuentran por encima de los avances del poder público. No se niega el derecho de rebajar las tarifas en consideración al usuario sino el derecho de hacerlo a expensas del concesionario. Lo que los usuarios ganen por la rebaja de tarifas con sacrificio de la empresa realizadora del servicio público concedido, debe ser reparado por la colectividad.

Por las mismas razones, para calificar un régimen tarifario, para saber cuáles son los caracteres económicos de una concesión, hay que determinar el papel desempeñado en su momento por cada uno de los tres intereses que acaban de mencionarse. El de las concesiones ferrocarrileras de conformidad con lo expuesto, estuvo presidido por el afán de atraer capitales extranjeros mediante la seguridad de un interés estimulante y además, — para el caso, — de disminuir la carga de la garantía de interés fijo. Ese espíritu ha regido la vida económica de la empresa concesionaria, con las naturales atenuaciones del tiempo, y a él hay que estarse, para interpretar lealmente las concesiones.

El Estado puede modificar, pues, el régimen tarifario y, si he de ser consecuente con mis conceptos, tiene el deber de hacerlo. Ello no lo habilita, sin embargo, para entrar al dominio de la tarifa en función de uno solo de los intereses, — el del usuario, — y alterando el régimen del servicio. Ha podido revocar la concesión, vencidos los términos, y no lo

ha hecho. Ha podido, por lo mismo, expropiando el patrimonio de la empresa hacerse cargo directo del servicio, quedando sin trabas para su realización y no lo ha hecho. Quien tiene en sus manos la posibilidad de eliminar un régimen y renuncia a hacerlo, no puede alterarlo por medios indirectos, desviando el sentido natural de los acontecimientos.

Puede, en este aspecto, irse más lejos. La Constitución vigente establece la homologación necesaria e integral de las tarifas de los servicios públicos concedidos. Aunque esa norma no tiene efecto retroactivo no alcanza a las concesiones ya otorgadas, el Estado, por los fundamentos ya expuestos, puede intervenir en las tarifas en consideración al interés de los usuarios o a intereses económicos nacionales. Si tal hace la situación no varía: siempre tendrá que respetar el margen de ganancia que aseguró. Y tendrá que hacerlo, con prescindencia de cualquier disposición especial tomada en el pasado o convenida para el futuro, porque está en la esencia de la tarifa la admisión de una ganancia razonable, el respeto de un lucro que es manifestación natural y constitucional del capital.

En síntesis, reconozco el derecho del Estado para intervenir en la fijación de las tarifas sin consideración al margen de utilidades fijado originariamente si esa intervención se inspira en el interés del usuario o de la economía nacional; admito hasta su obligación, a partir de 1934, de hacerlo sistemáticamente. Pero tal conducta requiere el respeto de las formas y la aplicación de los principios que condicionan su actividad.

Así, habiendo fijado un régimen tarifario mediante ley, no puede revocarlo o alterarlo sino por norma equivalente y con los mismos procedimientos. De esto se desprende que la alteración del régimen de 1877 y similares es extraña a la competencia administrativa: un acto administrativo que va contra la Ley es nulo o anulable por ilegalidad.

La Ley que se dictara con aquel fin podría constituir una desviación de poder, figura novedosa en materia legislativa que tuve oportunidad de estudiar en la Primera Convención Nacional de Abogados, si alterara las tarifas en beneficio del propio Estado o creara una situación de lento agotamiento para la Empresa. Cabría entonces atacarla por inconstitucionalidad y reclamar, además, los daños y perjuicios emergentes de la responsabilidad objetiva del Estado. Pero esa Ley podría también ser correcta desde el punto de vista del derecho homologatorio de la Administración establecido en 1934. En ese caso, aplicando los principios jurídicos que informan el contenido de las tarifas y presiden la responsabilidad del Estado, éste deberá indemnizar a la Empresa la privación del lucro oportunamente determinado, privación hecha en beneficio de terceros, sea el Estado mismo, sea la colectividad, sean, específicamente, los usuarios. Debo agregar que aún en el supuesto de que no se hubiera establecido concretamente un margen de ganancia en el acto de la concesión, la ecuación financiera de la misma debería ser respetada más allá de los mandatos de la Ley.

III

Del breve estudio que antecede resultan las siguientes conclusiones, que son otras tantas respuestas al cuestionario sometido a examen:

1º Las cláusulas que fijan en las concesiones mencionadas la no intervención gubernativa para fijar las tarifas dentro de cierto límite no constituyen privilegio. No se ha configurado éste por falta de contenido y caracteres. No se trata de beneficios en su acepción técnica sino de un procedimiento para que la Empresa obtenga per se, hasta cierto límite, lo que se reputó margen de ganancia razonable. Por consiguiente, estas cláusulas no han sido alcanzadas por los plazos de caducidad establecidos para los privilegios y exenciones Esto equivale a afirmar que integran la estructura normal de las concesiones y seguirán con éstas hasta su extinción, salvo que se modificaran normalmente.

2º El Estado puede anular una concesión siempre que esté jurídicamente viciada. Por razones de interés público en su más amplio sentido, puede en cualquier momento revocarla o alterarla unilateralmente pero con la consiguiente obligación de reparar todos los daños y perjuicios que con tales medidas ocasione al concesionario.

Si revoca la concesión debe adquirir o expropiar, según lo indique la Ley, los bienes del concesionario que integran el patrimonio afectado al servicio, como solución general, e indemnizarle los distintos perjuicios, cuya causa no corresponde examinar aquí. Si altera simplemente el régimen está obligado igualmente a indemnizar todos los perjuicios que sean consecuencia de esa modificación.

3º El Estado puede intervenir ampliamente en la fijación de tarifas pero tal intervención debe ser correcta en el fondo y en la forma. Dicho de otra manera, el procedimiento original del mismo que, en los casos en consulta, es la Ley. La alteración en ninguna circunstancia puede afectar los derechos originales del concesionario que se hizo tal y reguló la satisfacción del servicio en función de un régimen determinado. La tarifa contiene, en su esencia, un lucro razonable, una ganancia lógica que está por encima de la Ley y, con mayor razón, de la Administración. En nuestro caso la ecuación financiera emana de una Ley y por consiguiente tiene mayor solidez. Sólo otra Ley puede alterarla pero por su propia índole debe ser mantenida como base económica del servicio, en cuanto al concesionario, mediante las reparaciones respectivas.

4º La defensa del usuario puede ser hecha por otros procedimientos que no suponen la revisión tarifaria y el conflicto consiguiente. Esos procedimientos que para el Estado y la Nación significan económicamente lo mismo que aquella revisión, serían subvenciones compensatorias o equilibrantes para ciertos transportes o régimen excepcional de tarifas, reintegrando el Estado a la Empresa las diferencias.

En estos términos contesto brevemente el cuestionario que se me ha hecho el honor de someter a mi estudio, quedando a disposición de esa Empresa para ampliar esta consulta hasta donde lo requiera su defensa dentro de los principios que la informan.

Aprovecho esta oportunidad, agradeciendo la deferencia y confianza profesional que importa este pedido de opinión, para saludar al señor Jefe de la Sección Legal con mi consideración más distinguida.

Aparicio Méndez.

XIII

DICTAMEN DEL Dr. ARISTIDES L. DELLE PIANE (1)

Fecha: 15 de octubre de 1945.

(1) Ex-Asesor Letrado de los Bancos de Seguros del Estado y Comercial; Ex-Catedrático de Derecho Internacional Público de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales.

Montevideo, octubre 15 de 1945.

Señor Administrador General del
Ferrocarril Central del Uruguay,

Don H. H. GRINDLEY.

CONSULTA RELATIVA A LA SITUACION LEGAL DE LAS COMPAÑIAS CONCESIONARIAS DE FERROCARRILES FRENTE AL ESTADO

PRIMERA CUESTION

La facultad de las Compañías, establecida en las leyes y contratos de concesión, de fijar sus tarifas sin intervención del Estado, mientras sus utilidades no lleguen al porcentaje previsto en aquéllos ¿puede ser considerada como un "privilegio", sometido al plazo señalado para la vigencia de estos, o constituye un derecho de aquéllas de carácter permanente, inseparable de su propiedad y explotación de las líneas del que no podría ser privado sino por la vía de la expropiación?

La facultad de las compañías, de establecer las tarifas que consideren necesarias para la explotacion comercial de sus líneas, no es un privilegio que les haya sido otorgado por el Estado, sino un derecho que debe ser respetado, — y protegido en su caso, — por todos los poderes estatales. La intervención del Estado con el fin de limitar o extinguir tal derecho, es admisible solamente en los casos previstos por las leyes y contratos, — leyes a cuyo amparo se instalaron, y funcionan en el país, las compañías concesionarias.

La relativa libertad de fijar sus tarifas de que goza la Compañía del Ferrocarril Central del Uruguay, está escrita en la cláusula 11ª del contrato-ley de concesión, cuyo tenor es el siguiente:

"La fijación de las tarifas de carga y pasajeros se hará por el Di-
" rectorio de la Compañía y no podrá variarse sin previos avisos en los
" diarios de la Capital con treinta días de anticipación. El Superior Go-
" bierno sólo intervendrá en ellas después que las utilidades líquidas lle-
" guen al 16 % anual".

Nos parece que esta cláusula — que ha sido clasificada de clarísima por la Suprema Corte de Justicia, — basta para resolver el problema planteado. Es, en efecto, evidente que, siendo las utilidades actuales muy inferiores al 16 % anual, el Estado carece de derecho a intervenir en la fijación de las tarifas. Su situación jurídica es, por ahora, la de todo ti-

tular de un derecho sub conditione; esto es: virtual o de realización hipotética. Tal derecho podrá nacer en lo futuro, si las utilidades de las Compañías alcanzan los porcentajes previstos en las leyes y en las respectivas concesiones, todas estas con fuerza de ley.

Debe observarse además que, aun cumplida la condición, el Poder Ejecutivo no adquirirá, en virtud de esta cláusula, el derecho de abatir las tarifas según le parezca. Tendrá la facultad de intervenir — que no es lo mismo que rebajar ad libitum — a fin de obtener modificaciones razonables. Pero aun en aquellas concesiones en las cuales, además del derecho de intervención, se le reconoce expresamente al Estado, el de rebajar tarifas, nunca podría imponer reducciones excesivas que arruinaran o perjudicaran gravemente a las compañías. Si lo hiciera, cometería un acto ilegítimo, generador de responsabilidad, que podría hacerse efectiva judicialmente.

Aunque en nuestra opinión, el problema queda resuelto con la aplicación de la cláusula 11ª, como ésta ha sido diversamente interpretada, presentamos en los capítulos siguientes los argumentos en que basamos nuestra tesis.

II

LA CONCESION DEL FERROCARRIL CENTRAL DEL URUGUAY

En octubre de 1866, una sociedad nacional, denominada "Compañía del Ferrocarril Central del Uruguay", se presentó al Poder Ejecutivo proponiendo la construcción de una línea férrea entre Montevideo y Durazno, con facultad de prolongarla hasta la frontera con el Brasil, sobre las bases ya concedidas a Don Senén Rodríguez, con las modificaciones establecidas en la nueva propuesta. El 4 de octubre de 1866, el Gobierno aceptó la propuesta con algunas modificaciones y adiciones. En una de éstas, se declaraba que "siendo un deber de la autoridad proteger en cuanto sea posible toda empresa que tienda al engrandecimiento y prosperidad de la República, tanto más, cuanto que la del Ferrocarril Central del Uruguay se ha formado en el país y levantado en él el capital necesario, se suscribe a ella espontáneamente con dos mil acciones pagaderas luego que empiecen los trabajos de preparación de la vía, por mensualidades de nueve mil cuatrocientos pesos".

Como se ve, el Gobierno consideraba que el ferrocarril era una obra de utilidad pública digna de estímulo y protección. Por el mismo decreto se ordenaba el pase del expediente a la Escribanía de Gobierno y Hacienda "para reducirse a escritura pública el contrato".

Ya en este contrato existen las siguientes cláusulas:

a) uso gratuito de la vía pública para colocación de los rieles. — (Art. 8º);

b) cesión en propiedad de los terrenos fiscales o municipales que utilizara la empresa para establecer vías; estaciones, etc. — (Art. 9º).

c) facultad de expropiar las propiedades particulares que, a juicio de la compañía, fueran necesarias para establecer el ferrocarril. (Art. 9º).

d) garantía de un interés de 7 % anual, sobre la cantidad de libras 10.000, por cada milla inglesa de ferrocarril a construirse; garantía que duraría cuarenta años, contados desde la apertura al tráfico público y se haría efectiva siempre que el rendimiento neto de la línea fuera inferior al 7 por ciento estipulado (Arts. 10, 11, 12, 13 y 14);

e) intervención del Gobierno en las tarifas después que las utilidades líquidas lleguen al 16 % anual (Art. 16º);

f) exención del servicio militar para todo el personal de la Compañía (Art. 7º);

g) importación libre de derechos, durante el término de la garantía de todos los materiales, útiles y artículos extranjeros destinados a la construcción, uso y consumo del ferrocarril (Art. 6º);

h) exención de impuestos para la propiedad de la compañía, durante cuarenta años (Art. 6º).

La Compañía concesionaria no pudo reunir en el país el capital necesario para la construcción de las líneas; y, por este motivo, fué autorizada a transferir su concesión a una compañía inglesa, ofreciéndole, en nombre del Gobierno, una garantía de 8 % sobre el capital justificado bajo el control del Gobierno (decreto de 14 de enero de 1868; Col. Goyena tomo II, pág. 100).

Como consecuencia de esta autorización, se formó una nueva sociedad, la cual propuso algunas modificaciones a las bases de 1866, con el fin de hacer posible la "Reconstrucción de la Compañía del Ferrocarril Central", las cuales fueron aprobadas por el Gobierno el 27 de noviembre de 1877, ordenando que el expediente pasara a la Escribanía de Gobierno y Hacienda para su escrituración, debiendo remitirse testimonio del contrato al Ministerio de Hacienda y a la Contaduría General.

El contrato fué autorizado por el Escribano de Gobierno y Hacienda el 27 de febrero de 1878. Quedó así formalizada la concesión que define los derechos y obligaciones de la Compañía del Ferrocarril Central, en su doble calidad de dueña de la línea férrea, de todas sus instalaciones y del material rodante y concesionaria de un servicio público. Este contrato, sustancialmente igual al de 1866, fué confirmado por la ley de 27 de agosto de 1884, Art. 4º; (V. Colección Goyena 2ª edición, T. I pág. 455).

En el contrato ley de 1866, se establecía con toda claridad cuáles eran los beneficios o privilegios caduceantes a los cuarenta años. Eran los concedidos por los artículos 6º, 10º y 11º. El primero de ellos se refería a la exención de impuestos durante cuarenta años y pasó a formar el Art. 2º de la nueva concesión. Por el Art. 10º, el Estado garantizaba al capital invertido por la compañía un interés del 7 % anual; y por el Art. 11º limitaba la duración de la garantía a cuarenta años. No había, pues, duda alguna sobre estos puntos; puesto que, al fijarse la limitación, se decía inequívocamente cuáles eran los privilegios limitados. Se sabía además qué era lo que entendían los contratantes por privilegios, exenciones o beneficios; y también que la facultad de fijar las tarifas no estaba incluída en la categoría o clase de privilegios o exenciones. Estos antecedentes permiten suponer lógicamente que el límite de cuarenta años pasó al nuevo contrato de 1877, con la misma extensión que tenía en el antiguo; esto es: se aplica el Art. 2º que, como hemos dicho, corresponde al 6º de la concesión de 1866. Sería absurdo pensar lo contrario; puesto que el contrato-ley de 1877 tuvo como finalidad auxiliar a la Compañía a salir de la difícil situación a que la había llevado la falta de capitales, — y no hubiera sido por cierto un buen modo de ayudarla, imponer a la nueva compañía condiciones más rigurosas que las impuestas a su antecesora. De esas habría sido la limitación de ganancias, aparejada por la supresión de la libertad relativa de fijar tarifas que otorgaba la concesión de 1866. La forma en que el límite de cuarenta años pasó a la nueva concesión, demuestra que el Estado no incurrió en la contradicción que indicamos. En efecto: ya vimos que, en el contrato-ley de 1866, el límite estaba escrito en el mismo artículo que concedía los privilegios. En el nuevo contrato, en el texto del artículo sobre privilegios no se incluye la limitación. Esta fué consignada en una disposición expresa, cuyos términos excluyen toda posibilidad de aplicarla al derecho de la compañía a fijar sus tarifas. Dice así: "La línea queda "siempre propiedad de la compañía concesionaria; pero los privilegios "y exenciones que por esta concesión acuerda el Estado sólo durarán "por el término de cuarenta años contados desde la fecha en que se "aprueben estas modificaciones..." (Art. 13).

Estos términos confirman nuestra inducción: que bastaba tener presente la finalidad del nuevo contrato para inferir con certeza que éste tenía que tratar al concesionario, por lo menos, con la misma liberalidad que el anterior y que, en consecuencia, la limitación en el tiempo de privilegios o franquicias, no podía extenderse a otras categorías que las que ya estaban sujetas al plazo de cuarenta años en la anterior concesión.

Para sostener que en 1877 el Estado fué más riguroso, en lo tocante a la fijación de tarifas que en 1866, sería necesario señalar los textos que, en el nuevo contrato-ley, modifican el régimen anterior, hasta el punto de declarar extinguido, a los cuarenta años, el derecho a fijar tarifas, que era perpetuo en el contrato de 1866. Pero tales textos no existen. El Art. 11º, que en el contrato-ley vigente reglamenta la tarificación, es sustancialmente idéntico al Art. 16º del antiguo contrato. No con-

tiene ningún término extintivo; de modo que el derecho de la compañía a fijar sus tarifas no está sujeto a límite de tiempo. Para limitarlo, se ha sostenido que el término de cuarenta años, que extingue privilegios y exenciones, extingue también aquel derecho. Semejante aplicación de la cláusula 13ª carece en absoluto de fundamento. Está en contradicción con la finalidad del contrato-ley, y tuerce el significado de los términos, tanto en la cláusula 11ª como en la 13ª.

Esta se refiere a "privilegios y exenciones" y aquélla, al derecho del Estado de intervenir en las tarifas cuando las ganancias netas superen el 16 % anual. ¿Qué tiene que ver esta determinación de los derechos del Estado y de la Compañía, en materia de tarifas, con los privilegios y exenciones que el primero acuerda a la segunda? Absolutamente nada. Basta leer los textos para convencerse inmediatamente de ello. Es, en efecto, evidente la inaplicabilidad de la cláusula 13ª — cuyo tenor literal es muy claro — al derecho de la Compañía a manejar sus tarifas con arreglo a la cláusula 11ª de la concesión. Para sostener lo contrario, es preciso hacer una de estas dos cosas: o ampliar el texto de la cláusula 13ª, agregándole las palabras necesarias para que ella rija en materia de tarifas, o desnaturalizar el significado de los vocablos "privilegios y exenciones". Sería supérfluo demostrar que cualquiera de los dos métodos es ilegítimo. Conviene, en cambio, poner bien de relieve que, — cuando se ha pretendido restringir la vigencia de la cláusula 11ª por aplicación de la 13ª, — se ha empleado, en realidad, el segundo de los métodos indicados. Se ha empezado, para ello, por violar el Art. 17º del Código Civil, que prohibe apartarse del tenor literal de la ley cuando su sentido es claro. Ciñéndose a dicho artículo, la aplicación de la cláusula 13ª es muy sencilla: basta comprobar cuáles son los casos en que el contrato-ley concede un privilegio o una exención. No es tarea muy difícil averiguar cuáles son estos casos, desde que todo el mundo conoce el significado común de las voces "privilegio" y "exención", que han sido usadas con dicho significado en la cláusula 13ª.

Adoptando este criterio, se llega ineludiblemente a la conclusión que antes indicamos: la inaplicabilidad de la cláusula 13ª a las relaciones jurídicas regidas por la 11ª; y esto, por la sencilla pero decisiva razón de que esta última (11ª) no dice una palabra sobre privilegios ni exenciones. Ni su texto permite inferir que se refiera a otra cosa que al método de fijar las tarifas. Esto nos parece axiomático para toda persona que conozca el idioma. Si alguien dudara, le bastaría, para disipar sus dudas, consultar cualquiera de los diccionarios o vocabularios de uso corriente. Vería allí que privilegio significa, en el lenguaje usual de nuestros tiempos: "Gracia o prerrogativa que concede el superior, exceptuan- " do o libertando a uno de una carga o gravamen, o concediéndole una " exención de que no goza otro" (Academia "Diccionario Manual" verb. "Privilegio"). Y esta simple definición le bastaría para convencerse de que los privilegios y exenciones nada tienen que ver con la cláusula 11ª del contrato-ley que, —lejos de conceder prerrogativas o eximir de cargas o gravámenes a la Compañía,— restringe sus derechos de propietaria y de empresa comercial.

III

Hemos demostrado la inaplicabilidad de la cláusula 13ª en materia de tarifas. Consideramos suficiente esa demostración basada en la letra y el espíritu del contrato-ley; pero podemos ampliarla con otros elementos de juicio. Es lo que haremos ahora, poniendo de resalto que el límite de tiempo tratándose de privilegios, tiene su explicación racional, —y no la tiene cuando esa limitación se aplica a la fijación de tarifas.

Tanto en la concesión de 1866 como en la actual, los contratantes separaron cuidadosamente lo relativo a privilegios de lo relativo a las tarifas. Los primeros quedaron clara y categóricamente limitados a cuarenta años. La libertad de la compañía de tarifar sus servicios fué reconocida por todo el tiempo de la concesión sin otra traba que la reserva del derecho del Estado a intervenir en caso de ganancias superiores al 16 %. A ninguno de los contratantes se le ocurrió confundir las dos cuestiones. Y así tenía que ser porque son distintas y requieren distinto tratamiento. Los privilegios, exenciones, franquicias o como quiera llamárseles, consisten siempre en constituir, en favor de la Compañía, excepciones a la legislación común, colocándola en plano privilegiado. En las concesiones de ferrocarriles salta a la vista que eximir a las empresas del pago de patentes; de derechos de importación, del impuesto inmobiliario y de todo otro impuesto y, además, garantizarles una ganancia, es concederles privilegios en la verdadera acepción del término e importantísimos. Tratamiento tan excepcional no puede concederse a perpetuidad.

En nuestro país, y en la época del contrato-ley, se justificaba que se procediera con gran liberalidad, pues, de otro modo, hubiera sido imposible atraer los capitales necesarios para dotar al país de ferorcarriles. Además, la experiencia demuestra que en sus primeros años —y, a veces, durante largos períodos de tiempo,— este género de empresas no puede subsistir sin protección. Entre nosotros, a pesar de los privilegios y garantías, su vida fué muchas veces precaria. Por todos estos motivos, en 1866 y en 1878, y también muchos años después, era indispensable mantener aquel régimen. Pero también se imponía, como medida de previsión, no concederlo a perpetuidad porque entonces, lo que se otorgaba al principio como ayuda imprescindible, podría convertirse, con el correr del tiempo, en privilegio exorbitante e injustificado. El plazo fijado para la extinción de los privilegios, tiene por objeto conjurar esa amenaza.

Las tarifas planteaban al Estado un problema completamente distinto del anterior. En efecto: el plazo de cuarenta años marca el fin del régimen excepcional; pero en materia de tarifas, siendo la Compañía propietaria de las líneas y del material, la facultad de fijar aquéllas, puesta en el contrato, no constituye favor ni ventaja excepcional. Es simplemente el reconocimiento del derecho, que tiene todo comerciante o industrial, de fijar el precio de los servicios que presta. Ese derecho existiría aunque no se le mencionara en el contrato. Y puede decirse que la cláusula que lo menciona, tiene más bien por objeto restringirlo que

reconocerlo. Si la cláusula 11ª no existiera, la Compañía, —dueña, como se ha dicho, de todo lo que constituye el capital de la empresa, y con plena libertad de explotación comercial,— ya tenía el derecho de establecer sus tarifas por cuenta propia. Por consiguiente, la importancia de la cláusula 11ª no consiste en lo que concede a la Compañía sino, precisamente, en lo que le prohibe: en la limitación que tiene por objeto impedir que el concesionario obtenga ganancias excesivas, en detrimento del público. Cuando un Estado contrata una concesión de servicio público, —aún bajo regímenes como el de 1877, en los cuales el concesionario es dueño del suelo, instalaciones y material rodante,— siempre se preocupa de controlar el derecho de establecer tarifas. En la concesión de 1877 se estableció ese control; pero sin adoptar el mismo sistema aplicado a los privilegios. No podía ser de otro modo porque este sistema no sirve cuando se trata de limitar las tarifas; puesto que el precio de los servicios no es función del tiempo que media entre la fecha de la concesión y el momento en que se determina el precio. Que la compañía tenga cuarenta años o un siglo de vida, poco significa cuando se trata de moderar tarifas. En cambio, el estado de sus negocios y por ende, el porcentaje de utilidades que rinde el capital invertido, es un elemento decisivo para apreciar si las tarifas son razonables. Por ello, en las concesiones del ferrocarril, cuando no se dispone de otros medios para controlar las tarifas, se adopta el sistema de la cláusula 11ª, el cual significa que el concesionario se conforma con determinado porcentaje de utilidades y que, por su parte, el Estado admite la moderación del porcentaje establecido, **obligándose a respetar la libertad del concesionario, mientras las utilidades no superen el nivel prefijado.** El Estado, como lo hemos repetido, lejos de otorgar privilegios, impone de antemano una limitación de ganancias al concesionario. Y éste, al contraer la obligación de renunciar a mayores ganancias que las prefijadas, y al admitir la intervención del Estado en la oportunidad legal,— adquiere el derecho de fijar libremente sus tarifas mientras no llegue aquélla. Es un contrato sinoalagmático que, como tal, impone obligaciones a los dos contratantes. Se las impone con la misma fuerza al Estado que al concesionario. Ambos deben cumplirlo de buena fe, ateniéndose como se ha dicho, al claro sentido del texto del contrato-ley Desatenderlo, para buscar fuera de él, motivos que permitan eludir las obligaciones contraídas, está vedado a los contratantes; y, con más rigor que a las personas privadas, al Estado a cuyo cargo está la custodia del derecho. Si, para desligarse de la **obligación contraída**, el Estado sostuviera que, por la cláusula 11ª, no se obligó sino que concedió un privilegio al concesionario, faltaría a lo pactado. Violaría el contrato, sin atenuantes porque la obligación fué consignada en términos tan claros y categóricos, que es imposible hallar en ellos ni una letra en que basar la paradojal tesis que convierte las obligaciones del concesionario en privilegios, y las del Estado en letra muerta. (Es oportuno recordar aquí, en apoyo de nuestra interpretación de la cláusula 11ª, que la Alta Corte de Justicia la ha interpretado en los siguientes términos: "**Los términos en "que está concebida la base 11ª no pueden ser objeto de controversia en "cuanto a su significado; su tenor literal es clarísimo y sólo pretendiendo "que ya no rige, que ha caducado, es que puede tal pretensión dar lugar**

"a una cuestión". (V. Sentencia dictada por los Ministros Dres. Bastos, Garzón, Cuñarro, Romeu Burgues y Pinto, en el incidente promovido por la Compañía del Ferrocarril Central oponiéndose a la constitución de un tribunal de árbitros, solicitada por los Fiscales de Hacienda y de lo Civil, en cumplimiento del decreto del P. E. de 28 de Enero de 1921. Esta sentencia puede leerse en las págs. 302 y sigtes. del libro del Dr. Varela "Legislación de Obras Públicas. 3ª parte. Puentes, Ferrocarriles y Tranvías).

El origen de la cláusula confirma la interpretación hecha en los precedentes capítulos. Es, en efecto, muy claro que si por ella se otorgan privilegios, los autores de tal disposición habrían inventado un sistema nuevo, porque todos los sistemas conocidos, y practicados desde mucho antes de 1877 hasta hoy, para frenar el aumento de tarifas, consisten en imponer obligaciones a los concesionarios. Todos ellos restringen el derecho de obtener de la explotación de las líneas el mayor rendimiento que puedan producir. Siendo así, si se demuestra que, en la cláusula 11ª, los contratantes se limitaron a adoptar uno de aquellos sistemas restrictivos, queda también demostrada la falsedad de la tesis que desnaturaliza dicha cláusula, hasta el punto de convertir en privilegios las restricciones a la libertad de explotación que ella contiene.

La demostración es muy fácil. La cláusula 11ª impone un modo de control bien conocido desde muchos años antes de 1877. Así, por ejemplo, en Canadá desde 1859 rige una ley aplicable a todos los ferrocarriles. — además del acta especial de concesión — que concede a las compañías plena libertad para fijar sus tarifas. mientras sus ganancias netas no excedan del 15 %. Superado este límite las tarifas pueden ser rebajadas por medio de una ley (Pandectes Francaises — Répertoire T. 16 Verb. "Chemins de Fer" Nº 9009.)

El mismo régimen existía en la Argentina desde el 28 de agosto de 1863. Según el Dr. Luis Varela el grupo de capitalistas que formuló las bases de 1866, tomó la cláusula 16ª (11ª actual) de la análoga que regía en la Provincia de Buenos Aires para el Ferrocarril del Sur; y, en efecto, dicha cláusula es sustancialmente idéntica a la argentina que dice así: "El Go-" bierno tendrá el derecho de intervenir en la fijación de las tarifas du-" rante el período de la garantía, siempre que las utilidades líquidas ex-" cedan del 15 o|o al año."

En Estados Unidos, las concesiones de ferrocarriles fueron, al principio, acordadas con gran liberalidad. La libertad de tarifas era casi absoluta. Más tarde, cuando la multiplicidad de las líneas creó dificultades y originó abusos, se dictaron numerosas leyes, tanto federales como locales para remediar el mal. En esa frondosa legislación no faltan por cierto disposiciones semejantes a las nuestras. Así, por ejemplo, la ley sobre ferrocarriles del Estado de Nueva York, admite la reducción de tarifas por ley, cuando las utilidades netas excedan del 10 o|o. (Pandectes Francaises, Verb. "Chemins de Fer" Nº 9063.)

En Holanda, el Rey puede, en todo tiempo, ordenar la reducción de

las tarifas. Si a consecuencia de una reducción ordenada las utilidades netas de la empresa disminuyen, ella debe ser indemnizada. La indemnización es fijada por el tribunal competente y debe ser suficiente para elevar el beneficio neto al 8 o|o anual sobre el capital (loc. cit. Nº 9195). Otra variante del mismo método es el de la ley prusiana de 1838, que acuerda la libertad de tarifas en el grado suficiente para repartir un dividendo máximo de 10 o|o sobre el capital de establecimiento. (loc. cit. Nº 8569).

En España es preciso distinguir las empresas anteriores a 1877 y las establecidas después de esta fecha.

La mayor parte de las concesiones anteriores admiten la libertad de tarifas y acuerdan al Estado el derecho de revisión cuando el producido neto de los capitales invertidos en la empresa superan el 15 % anual.

Las concesiones pueden ser perpetuas. La ley de 1877 suprimió la perpetuidad (respetando los derechos adquiridos) y estableció un sistema de revisión periódica de tarifas (cada cinco años) dentro del cual el Gobierno puede practicar las reducciones que crea necesarias. Pero el ejercicio de este derecho impone al Gobierno la obligación de garantir a la Empresa el mismo beneficio del año anterior, aumentado proporcionalmente el acrecimiento anual medio de los últimos cinco años (loc. cit. Nos. 9012 y 9020).

Sería superfluo multiplicar los ejemplos Los citados bastan para comprobar el hecho que nos interesa: que las formas de limitación de tarifas del contrato - ley de 1877, carecen de originalidad: copian disposiciones extranjeras muy conocidas. Debe además tenerse presente que, en la época y en las circunstancias en que se otorgó la concesión, era imposible adoptar otra forma de controlar las tarifas. En efecto: todos los otros sistemas conocidos son más complejos. Requieren: a) experiencia en materia de construcción y explotación de ferrocarriles; y b) una organización técnico-administrativa especializada. Así, por ejemplo, el sistema francés de homologación aparte de que se basa en concesiones y leyes fundamentalmente distintas de las nuestras, no hubiera podido instituirse en nuestro país, por carencia de estadísticas y otros elementos para calcular las tarifas máximas que deben inscribirse en las concesiones, y por falta de una administración técnicamente competente y dotada de los elementos necesarios para realizar los estudios, cálculos y actos administrativos, en que debe fundarse el decreto de homologación. Si se piensa en lo que podía ser nuestra administración pública, en lo técnico y en lo administrativo, en 1877, nadie podrá dudar de que el Estado no tenía libertad de elección entre los diversos sistemas en uso, ni capacidad técnica para crear uno original y que, por ese motivo, se limitó a adoptar el único que podía ser aplicado eficazmente en nuestro país.

Resumiendo las precedentes explicaciones: la cláusula 11ª copia un sistema de control de tarifas utilizado desde cuarenta años atrás en diversos países. Todas las legislaciones que pudieron servir de modelo restringen la libertad de explotación ,forzando a los concesionarios a consentir la intervención del Estado, con el fin de reducir las tarifas cuando las

ganancias líquidas superan cierto nivel. Es por tanto evidente que le imponen obligaciones. Como la cláusula 11ª reproduce, sin modificación sustancial, los términos de las disposiciones imitadas, es imposible admitir que lo que en éstas son obligaciones o cargas, se hayan convertido en privilegios al ser copiadas en la precitada cláusula 11ª.

Sobre la naturaleza de esta cláusula hay un antecedente administrativo que es interesante recordar. El Consejo N .de Administración sometió, hace años, a estudio de varios fiscales de Estado el problema de la intervención en las tarifas. Uno de los consultados fué el Fiscal de Gobierno Dr. Luis Varela, de reconocida autoridad en derecho administrativo asignatura que enseñó durante mucho tiempo en nuestra Universidad.

En su vista de 21 de enero de 1921, decía el Dr. Varela, refiriéndose al origen y significado de la cláusula 11ª "que es un grave error sostener " que ésta otorga un privilegio a la Compañía cuando claramente por los " términos en que está concebida resulta que su objeto principal y directo " fué reglamentar la función de control correspondiente al Estado. Por eso " se vé en la legislación comparada que las leyes que dedican un capítulo " especial a los privilegios y exenciones acordados a las empresas, y que " también reglamentan el control oficial en las tarifas, se ha guardado " muy bien de incluir esa reglamentación en el capítulo mencionado, por " más que de ella pueda resultar indirectamente algún beneficio para los " concesionarios. Y así, por ejemplo, la ley Española del 23 Nov. de 1877 " tiene un capítulo 4º titulado expresamente "De los privilegios y exenciones que se otorgan a las Empresas" y tiene un artículo 49 que reglamenta " el control del Estado en las tarifas. Pero el legislador tuvo buen cuidado " de no incluir ese artículo en el de los privilegios y exenciones. Y la Ley " FF. CC. dictada por la Provincia de Buenos Aires el 1º de Agosto de 1889, " que contiene también un capítulo titulado: "De los privilegios de las " empresas", y que tiene además un artículo que reglamenta el control en " una forma análoga a la cláusula 11ª del Central, se guardó muy bien de " incluir ese artículo en el capítulo de los privilegios, sino que lo incluyó " en el de los gravámenes y obligaciones de las empresas".

" Y lo que ha pasado con las legislaciones ha ocurrido igualmente con " los tratadistas. Y así Picard, en las páginas 64 y 65 del tomo 5º de su tan " justamente celebrada obra sobre "Les Chemins de Fer" transcribe las " cláusulas contenidas en las primeras concesiones Francesas, que datan de " los años 1836 y 1837; pero no se le ocurrió al ilustre tratadista incluirlas " bajo el epígrafe de "Privilegios y Exenciones acordados a las Empresas," " sino que las incluyó bajo el epígrafe de "Límites asignados a la autoridad " del Estado.".

(Esta valiosa opinión del Dr. Varela puede verse, lo mismo que la discusión de todo el problema, en su libro intitulado "Apuntes de Derecho Administrativo. Legislación Especial de Obras Públicas" página 377 y siguientes.) El Dr. de María, consultado por la Empresa en la mencionada ocasión se expidió en un todo de acuerdo con el Dr. Varela, cuyo libro cita con elogio, en su magistral consulta.

IV

CONCESIONES ULTERIORES A 1877

Lo dicho sobre la concesión del Central, es aplicable a las concesiones de todas las otras empresas ferrocarrileras que existen en la República. En efecto: la ley general de 27 de Agosto de 1884, conservó el sistema de 1877 sobre fijación de tarifas. El legislador se limitó a rebajar el porcentaje de utilidades y a variar algo la redacción. El artículo 31º de la ley dice: "Siempre que un Ferrocarril produzca más de 12 o|o anual de utilidad "sobre el capital invertido, el Poder Ejecutivo podrá intervenir en la fija- "ción de las tarifas, a fin de rebajarlas, después de oída la Empresa."

Las concesiones del Ferrocarril Nordeste, de fecha 20 de Agosto de 1887; de la extensión Este, de fecha 30 de Julio de 1887 y de la Extensión Norte, de fecha 14 de Setiembre de 1888, otorgadas también a perpetuidad, se rigen en lo tocante a las tarifas, por el régimen establecido en este artículo, modificado por el convenio de 20 de Abril de 1906, autorizado por la ley de 3 del mismo mes y año. El nuevo convenio rebajó el porcentaje primitivo; facultando al Gobierno a intervenir cuando las utilidades netas superen al 8 o|o anual. La cláusula 3ª dice así: "En caso de que las uti- "lidades líquidas excedan de 8 o|o anual sobre el capital real o sea el va- "lor de la línea, el Gobierno podrá optar entre intervenir en las tarifas "hasta reducir los resultados netos sobre el capital real a 8 o|o anual, o "recibir dicho exceso, quedando entendido que en ningún caso podrá au- "mentarse el capital sin asentimiento del Gobierno".

Es fácil percibir que esta nueva fórmula —mejor redactada sin duda que las anteriores— pertenece al mismo tipo, puesto que, el último análisis, resulta, que la intervención del Estado está subordinada al porcentaje de las utilidades netas obtenidas por la empresa.

Como en la disposición holandesa (V. supra cap. II) la compañía nunca puede ser sometida a reducciones arbitrarias de tarifas.

La concesión de la Extensión Oeste, de fecha 30 de Mayo de 1896, previamente aprobada por ley de 6 de ese mes y año, estableció en su base VII que el Poder Ejecutivo podría intervenir en la fijación de tarifas después que las líneas produjeran el 8 o|o anual sobre la base de un capital de £ 5.000 esterlinas por kilómetro.

Las concesiones de los Ferrocarriles Noroeste del Uruguay (aprobada por ley de 8 de Febrero de 1881 y ratificada en 30 de Julio de 1885); Norte del Uruguay (de fecha 14 de setiembre de 1885); Midland del Uruguay (de fecha 12 de noviembre de 1884) están sometidas al régimen de la ley de 27 de agosto de 1884, que faculta al Poder Ejecutivo para intervenir en la fijación de las tarifas a fin de rebajarlas siempre que el Ferrocarril produzca más de 12 o|o anual de utilidad sobre el capital invertido.

Las Extensiones del Midland(líneas de Algorta a Fray Bentos y de Tres Arboles a Piedra Sola); concesiones de 15 de Enero de 1907 aprobada por la ley de 21 de Julio de 1907, y de 20 de Marzo de 1909, aprobada por la ley de 1º de Setiembre de 1910, están regidas por contratos según los cua-

les cuando las utilidades líquidas excedan del 8 o,o anual sobre el capital garantido, el Estado tendrá derecho a intervenir en la fijación de las tarifas (cláusula 4ª inc. 3º de la concesión Algorta a Fray Bentos; y 5ª inc. 3º de la Concesión Tres Arboles a Piedra Sola.)

Como se ve, las concesiones están sometidas al mismo régimen jurídico de 1877; que adoptó un tipo de concesión confirmado por la ley de 1884, y que las leyes ulteriores aprobatorias de las concesiones no han modificado en lo esencial.

Todas estas concesiones tienen fuerza de ley en virtud de los textos legales antes señalados (la legalidad de las anteriores a 1891, fué además confirmada por la cláusula 19ª del convenio de Londres, fecha 27 de Noviembre de 1891, celebrado por nuestro Gobierno, representado por el Dr. José Ellauri, y los tenedores de títulos de deuda pública uruguaya. Este convenio fué previamente sometido a aprobación legislativa, y aprobado por ley de 8 de Octubre de 1891; V. Col. Goyena 2ª edición, T. II pág. 630).

En todas se ha pactado, entre el Estado y los concesionarios, la libertad de las compañías para fijar sus tarifas, mientras las utilidades netas de la explotación no superen el 12 o|o y el 8 o|o, según los casos. En otros términos: en todos los contratos la determinación de las tarifas está subordinada a la magnitud de las utilidades. En 1877 se fijó como límite de la libertad de la compañía del Central el 16 o|o, porcentaje que, en aquella época en nuestro país, no era excesivo.

La ley de 1884, redujo el porcentaje-límite, al 12 % y, como acabamos de verlo, en las concesiones más modernas quedó reducido al 8 o|o. Pero esta reducción no modificó la naturaleza del derecho de intervención del Estado que —como quedó demostrado (V. supra caps. I y II)— no podrá nacer mientras no se cumpla la condición; esto es: mientras el rendimiento neto de las líneas no exceda del límite legal.

V

RECONOCIMIENTO POR EL PODER EJECUTIVO DE LA ILEGALIDAD DE LA INTERVENCION DEL ESTADO MIENTRAS LAS UTILIDADES NO SUPEREN LOS PORCENTAJES ESTABLECIDOS EN LOS CONTRATOS

En 1917 la Compañía del Central proyectaba aumentar sus tarifas en un 4 o|o a fin de cubrir pérdidas de explotación y poder servir un dividendo a sus accionistas. Como el P. E. consideraba que el aumento era perjudicial para los intereses generales, entró en tratativas a fin de evitarlo. El resultado de las tratativas fué un convenio en el cual se contemplaron todos los intereses en juego. El decreto gubernativo aprobando el convenio con la compañía, dictado en 21 de junio de 1917, contiene el reconocimiento expreso de la falta de derecho del Estado a intervenir en las tarifas, en los siguientes términos: "Vistos: los antecedentes relativos al
"proyectado aumento de tarifas del Ferrocarril Central del Uruguay y
"extensiones que la misma empresa explota;

"Considerando: que el Estado no tiene legalmente la facultad de in-
"tervenir en las tarifas del Ferrocarril Central del Uruguay y extensiones
"sino cuando los beneficios anuales de la explotación lleguen a los por-
"centajes fijados por las concesiones respectivas, caso que todavía no se
"ha producido; y que si bien esa inhabilitación legal no le permite influir
"actualmente de una manera decisiva en el establecimiento de las tari-
"fas, tampoco releva a los Poderes Públicos de la obligación de tratar de
"obtener ventajas para la producción nacional, contemplando razonable-
"mente todos los intereses en juego dentro de los límites en que su acción
"pueda desarrollarse".

Es la buena doctrina. ¿Cómo podría el Estado sostener ahora lo contrario de lo que, con tanta claridad y corrección, reconoció en 1917? Solamente de un modo: demostrando que aquel decreto fué dictado por error. Pero, no hay tal error; el decreto de 1917 es jurídicamente irreprochable; y es seguro que no podrían hallarse argumentos serios para fundar un nuevo acto administrativo, en contradicción con aquél. Si, no obstante esa circunstancia, se dictara un decreto de intervención, sería fácil hacerlo revocar, interponiendo el recurso del artículo 271 de la Constitución.

VI

CONCLUSION

Los argumentos presentados en los capítulos anteriores demuestran la verdad de lo que afirmamos al iniciar esta consulta; verdad que puede sintetizarse en las siguientes proposiciones:

La cláusula 11ª del contrato-ley de 1877, lo mismo que las similares de las demás concesiones y el artículo 31º de la ley de 27 de Agosto de 1884, no conceden privilegios a las empresas concesionarias. Reglamentan la forma en que las compañías pueden ejercer su derecho de tasar los servicios que prestan al público. La reglamentación imponiendo, a las entidades comerciales que son las compañías, la obligación de limitar sus utilidades al porcentaje legal. Las coloca, por tanto, de este punto de vista, en situación de inferioridad respecto de las demás entidades comerciales e industriales del país, regidas por el derecho común, cuyas ganancias no tienen límite legal. Es, pues, muy claro que no se otorga a las compañías un privilegio: se les somete a restricciones. Siendo así, resulta también muy claro que no tiene ningún fundamento jurídico ni racional, la pretensión de subordinar el derecho de fijar tarifas al término extintivo de cuarenta años, aplicable exclusivamente a la duración de los privilegios, exenciones y garantías.

VII

SEGUNDA CUESTION

¿Puede el Estado, a título de servir el interés público, anular, restringir o modificar unilateralmente las concesiones contratadas, a no ser por la vía de la expropiación?

En los capítulos anteriores quedan expuestos los motivos que, a nuestro juicio, prohiben al Estado anular, restringir o modificar por su sola voluntad las cláusulas relativas a las tarifas. La misma tesis es cierta respecto de todo el contenido de los contratos-leyes en virtud de los cuales se instalaron y funcionan las compañías propietarias de las líneas de ferrocarril.

Esto no significa que el Estado se desentienda del problema nacional que puede plantear un aumento excesivo de tarifas. Ya dijimos que las Compañías son dueñas de las líneas; pero no hay que olvidar que son también concesionarias de un servicio público, cuyo normal funcionamiento interesa a la comunidad entera. Si los concesionarios, por una suba excesiva de tarifas o por cualquier otro motivo, no prestan el servicio de transporte concedido, o lo prestan en condiciones demasiado onerosas para los usuarios; no hay duda alguna de que los poderes públicos deben intervenir para remediar el mal. Pero el remedio no consiste en violar las leyes y los contratos legalmente celebrados, sino en buscar soluciones jurídicas o equitativas, que contemplen el interés público sin sacrificar el de los concesionarios. Entre estas soluciones posibles, se cuenta la expropiación de las líneas que ponga fin a la explotación privada de las mismas. Pero la Ley que a tal efecto se dictare deberá acordar una indemnización justa, pues, de lo contrario, resultaría inconstitucional por infringir el Art. 31 de la Constitución. (Debe observarse que algunas concesiones prevén la expropiación; determinan su oportunidad y las bases para calcular la indemnización; de modo que, en estos casos, no sería necesario dictar una ley especial). Otro recurso legítimo sería el empleado por el P.E. en 1917; esto es: entablar negociaciones con los concesionarios para evitar la suba de tarifas. (V. supra Cap. IV).

El Parlamento cometería un abuso si derogara pura y simplemente los contratos-leyes.

En virtud de dichos contratos, el Estado contrajo obligaciones que debe cumplir de buena fe. Si el Poder Legislativo derogara total o parcialmente cualquiera de las cláusulas que le imponen obligaciones, violaría la norma ético-jurídica escrita en el Art. 1291 del Cód. Civil, en perjuicio de los otros contratantes.

No ignoramos las teorías según las cuales el Estado, cuando contrata con las personas privadas, conserva sus prerrogativas de poder público; y que, en consecuencia, parte del contenido de las concesiones no es contractual. Sin desconocer que, en esos casos, la personalidad jurídica del Estado no pierde sus caracteres, pensamos que esa circunstancia no releva al Estado del cumplimiento de sus obligaciones contractuales. Ni le confiere la facultad de extinguir unilateralmente dichas obligaciones y, por ende, los derechos del otro contratante. Sostener lo contrario, es sostener la supervivencia de la despótica y arcaica "razón de Estado", inadmisible en un moderno Estado de derecho como es constitucionalmente el nuestro.

Nuestro derecho público concede — como es inevitable — algunos pri-

vilegios al Estado, cuando contrata o litiga con los particulares. Pero en ninguna de nuestras leyes se puede hallar nada que lo autorice a infringir los contratos. Estos son ley para él como para todo otro contratante. Está obligado a "cumplir de buena fe, no sólo lo que en ellos se expresa sino "todas las consecuencias que según su naturaleza sean conformes a la "equidad, al uso o a la ley". (Cód. Civil. Art. 1291). Para que el Estado tuviera el privilegio de derogar las concesiones cuando así le conviniera, sería preciso que éstas no tuvieran fuerza obligatoria; que no fueran contratos-leyes sino simples actos administrativos, revocables en cualquier momento. Pero la verdad es que las concesiones son contratos, con aprobación legislativa; por los cuales, el Estado y los concesionarios se propusieron crear, y crearon, situaciones jurídicas de la misma naturaleza que las generadas por los contratos regidos por la ley civil. Cuando el P.E. prestaba su aprobación y ordenaba la escrituración de un contrato, sus representantes sabían perfectamente bien que el Estado quedaba tan obligado a cumplir lo pactado como el otro contratante. Y cuando los legisladores aprobaban ese mismo contrato sabían también que por él se creaban derechos y obligaciones que el Estado tenía que respetar y cumplir, tan fielmente como la otra parte. En aquellas épocas — y hasta muchos años más tarde, — a nadie se le ocurría que el Estado podía extinguir por su sola voluntad sus obligaciones contractuales. Al contrario, se admitía que el Estado se obligaba en la misma forma que los particulares. Las principales concesiones de trabajos y servicios públicos fueron otorgadas entre nosotros mediante contratos aprobados, previamente o a posteriori, por el Cuerpo Legislativo. Se les denominó por eso contratos-leyes. Sea o no correcta esta denominación, del punto de vista del actual derecho administrativo teórico, ello nada influye en la interpretación de las concesiones. Es preciso admitir como cierto que los contratantes tuvieron la intención de obligarse recíprocamente, con arreglo al derecho común; y que, en consecuencia, el contrato debía quedar sometido, en cuanto a sus efectos e interpretación, a las mismas normas que los contratos entre particulares. Y esto — que resulta claramente de la letra de las concesiones y de todos los actos administrativos que las prepararon, — halla su confirmación irrefutable en la conducta ulterior de ambos contratantes, es decir, en la forma en que cumplieron o interpretaron los contratos, durante más de cincuenta años. (C. Civil, Art. 1301).

En la confianza de que la ley del contrato sería respetada, los concesionarios aportaron al país sus capitales y los invirtieron en instalar servicios públicos que el Estado no podía establecer, en aquellos tiempos por sus propios medios. Si ahora — invocando principios que nadie tuvo en cuenta ni regían entonces en nuestro derecho público — el Parlamento derogara los contratos-leyes, no procedería de buena fe: violaría el principio expresado en la vieja máxima: "Pacta sunt servanda". Es un principio cuyo observancia interesa al orden público. Está escrito en el precitado Art. 1291 del Cód. Civil; pero eso no significa que rija tan sólo los contratos entre particulares. Al contrario, su aplicación se extiende al derecho público tanto interno como externo. Lo mismo debe decirse de los preceptos consignados en los Arts. 17, 18, 20, 1253, 1297 y 1301 del Código Civil. Son aplicables en toda materia aunque el legislador los haya incorporado al Código Civil. Se trata, en efecto, ya de normas de interpretación, que señalan la forma

de descubrir la verdad (Arts. 17, 18, 20, 1297, 1301), ya de principios esenciales (Arts. 1291 y 1253). Todos conservan íntegramente su valor, cualquiera sea el plano jurídico en que se opere. Conviene recordarlos porque ellos rigen los efectos jurídicos de las concesiones; y también porque la interpretación de éstas debe ajustarse a las normas escritas en nuestras leyes. Son las mismas que regían — (rigen todavía) — cuando se celebraron los contratos; y es deber indeclinable del intérprete aplicarlas antes que recurrir a cualquier otro método de exégesis. Con ese criterio han sido interpretados los contratos-leyes en esta consulta y resueltos los problemas en ella planteados.

VIII

TERCERA CUESTION

En el caso de que el Estado pudiera intervenir libremente en la fijación de las tarifas, ¿podría hacerlo de tal manera que privara a las Compañías de obtener una razonable utilidad por los enormes capitales que ha invertido en el país y por la vasta organización que mantiene en él, a fin de prestarle el servicio fundamental que realiza?

Si lo hiciera, así fuese mediante el respaldo de una ley, ¿tal acto no configuraría un abuso o una desviación de poder, susceptibles de crearle responsabilidades?

Hemos resuelto los problemas examinados en los capítulos anteriores. afirmando que el Estado no puede intervenir en la fijación de tarifas sino ciñéndose a lo pactado con los concesionarios. Tal solución excluye la hipótesis planteada, en primer término, en esta pregunta; puesto que ella supone una intervención libre del Estado en la fijación de tarifas. En cuanto a la situación que crearía una ley autorizando al Estado a intervenir, no hay duda alguna que sería una situación contraria a derecho. Esa ley derogaría los contratos-leyes; derogación cuya ilegitimidad quedó demostrada al estudiar las dos cuestiones anteriores. Es claro que, si el Parlamento sancionara una ley manifiestamente contraria a los derechos adquiridos por los concesionarios, y el P.E. no la vetara, dicha ley sería ejecutoria; pero ello mientras los perjudicados no dedujeran el recurso de inconstitucionalidad, con arreglo a los Arts. 229 y sigts. de la Constitución. La inconstitucionalidad de semejante ley no puede ponerse en duda. Los concesionarios son dueños de las líneas y titulares, por tanto, del derecho de percibir los rendimientos de las mismas, dentro del margen legal. Si el Estado entrara ahora a manejar las tarifas, desplazaría arbitrariamente a los titulares del derecho de fijarlas. No solamente restringiría, en general, los derechos que ellos tienen como propietarios sino que los privaría de un derecho determinado, creado por los contratos-leyes. Este derecho concreto, del cual se privaría a los concesionarios ,es el de obtener todas las utilidades que estén dentro del margen legal (16 %, 12 % y 8 %, según los casos). Ellos están en una situación distinta de la de los dueños de bienes y empresas cuyos rendimientos no están predeterminados por ley, — y que, se-

gún teorías actuales — (que no compartimos) pueden ser reducidos por el Estado, invocando los intereses generales. Eso es lo que sucede, por ejemplo, con las leyes que rebajan los arrendamientos. Para hacer esa clase de leyes puede aducirse, y se aduce, como pretexto, que tan sólo restringen el derecho de propiedad. Pero tratándose de los concesionarios habría, como acabamos de verlo, algo mucho más grave; la privación de un derecho contractual ya adquirido. Extinguir un derecho legítimamente adquirido, y ejercido sin detrimento del orden público, es violar abiertamente el Art. 31º de la Constitución; puesto que se despoja al propietario sin la previa indemnización que ordena el mismo artículo. Este tutela el derecho de propiedad (fundamental según el Art. 7º), sin hacer distingos. Comprende, pues, toda clase de bienes. Por consiguiente, si el Estado interviniera en las tarifas, no solamente infringiría los contratos-leyes que garantizan la libertad relativa de fijar sus tarifas de que gozan las compañías: cometería también la infracción más grave que acaba de indicarse. La circunstancia de utilizarse una ley para realizar la intervención, no influye sobre el carácter de la misma. Y no hay duda de que, dentro de nuestro régimen constitucional, la violación de los contratos-leyes, sea por actos administrativos, sea por actos legislativos, aparejaría la responsabilidad del Estado. El único medio de evitarla sería acordar la justa y previa indemnización, que prescribe para estos casos nuestra ley fundamental.

Antes de concluir conviene decir algo más sobre una objeción que se ha hecho contra nuestra tesis. Es la siguiente: que en estos casos no existe inconstitucionalidad porque se trata de restricciones al derecho de propiedad, que no es absoluto. Ya se ha demostrado que, en la hipótesis examinada, no habría restricción sino extinción de un derecho, expresamente reconocido por un contrato-ley a los concesionarios.

Ahora conviene agregar que aun dentro de la tesis jurídicamente inadmisible — de que una ley derogatoria de las concesiones no fuera inconstitucional, — aun así, el Estado incurriría en responsabilidad; estaría obligado a indemnizar a los concesionarios por los daños y perjuicios que les ocasionara la pérdida de sus derechos. En efecto, la responsabilidad existe, aunque la ley que causa perjuicios sea correcta del punto de vista constitucional, cuando ella extingue derechos adquiridos contractualmente; esto es: cuando el Estado no cumple lo pactado. Esta es, en efecto, la situación más desfavorable para él. Tanto es así, que dentro del derecho administrativo francés, en el cual, como es sabido, los concesionarios no tienen ningún derecho real sobre las líneas; el Concejo de Estado les acuerda indemnización, cuando leyes ulteriores varían las condiciones existentes en la época de la contratación, haciendo más oneroso su cumplimiento. Esto lo hacía el Consejo en la época en que aun era un dogma la irresponsabilidad del Estado. (V. Rolland. "Précis de Droit Administratif" París 1938. Pág. 318; Hauriou "Précis de Droit Administratif et de Droit Public", 11e. éd. París 1927. Págs. 798 y 806).

En épocas más recientes, el Consejo ha ido evolucionando hacia el criterio moderno, según el cual el Estado debe organizarse por tal modo que un sistema de sanciones imponga, a los poderes públicos, el respeto

amplísimo de los derechos individuales. Esa evolución lleva a consagrar la responsabilidad del Estado por actos legislativos, aun cuando faltan textos expresos en que fundarla, que es lo que pasa en Francia.

En nuestro país la Constitución de 1934 organizó esas sanciones en forma satisfactoria; y puede decirse que, en virtud de las disposiciones constitucionales que la magistratura ha aplicado con gran amplitud de criterio, los derechos individuales están bien protegidos. Por ello, puede esperarse fundadamente que si el Estado infringiera, de cualquier modo los contratos-leyes, los derechos que éstos confieren a los concesionarios serían amparados judicialmente.

A. L. Delle Piane.

XIV

DICTAMEN DEL Dr. JUAN P. ZEBALLOS (1)

Fecha: 20 de octubre de 1945.

---

(1) Decano de la Facultad de Derecho y Profesor de Derecho Procesal y Práctica Forense, etc., etc.

Montevideo, Octubre 20 de 1945.

Sr. FEDERICO BRITO DEL PINO,

Presente.

I) Omito, al contestar el primer punto consultado, toda reproducción, aún sumaria, de cuanto se ha sostenido en la doctrina nacional o extranjera, así como en los dictámenes oficiales y privados, sobre la naturaleza jurídica de la facultad de tarifar en los servicios públicos concedidos. Entiendo, por los fundamentos que se consignan en esta consulta, que cualquiera sea en ese aspecto la solución no influye en la que pueda formularse frente a las cuestiones que plantea la empresa.

El problema radica, a mi juicio, en establecer: 1º: si antes de la vigencia de la Constitución de 1934 pudieron o no acordar las leyes de concesión a las empresas concesionarias la facultad de determinar las tarifas con limitaciones más o menos amplias; 2º: si el reconocimiento de tal facultad puede considerarse un privilegio; 3º: si, aún admitiendo que en cierto sentido pueda considerarse como tal, en el caso de la concesión del F.C. Central y extensiones, es de los comprendidos entre los "privilegios y exenciones" con vigencia limitada en el tiempo, o constituye una facultad inseparable o inherente a la explotación de las líneas concedidas.

Sobre lo primero me inclino hacia la solución afirmativa. Aunque más de una vez se ha puesto en duda la constitucionalidad de los contratos-leyes de concesión en punto a las cláusulas que confieren a las compañías el derecho a determinar las tarifas, nada parece autorizar esa opinión dentro del texto constitucional de 1830. La cuestión ha sido extensamente estudiada en el informe de los Drs. De María, Amézaga y Brito del Pino (XII|6|920); y nada puedo agregar a las razones que en él se articulan. Tampoco puede fundarse una solución negativa en la naturaleza pública del servicio concedido, porque si se admite la posibilidad constitucional de acordar la potestad de tarifar a las empresas concesionarias, el problema es solamente de crítica o valoración de la política legislativa y no de validez jurídica; se podrá juzgar el buen o mal uso que, desde el punto de vista de los intereses públicos, haya hecho el Parlamento de su potestad de regular los derechos y obligaciones de los concesionarios. Pero, regulados esos derechos por la ley y otorgados los respectivos contratos de concesión, el Estado debe respetar las situaciones creadas por acto legislativo.

Admitida la constitucionalidad de los contratos-leyes de concesión, debe establecerse si tal facultad (fijación de las tarifas con las limitaciones puestas a la intervención del Estado) debe considerarse un privilegio. Podría en principio, y dándole un sentido muy lato al término privilegio, entenderse que sí. Se ajusta mejor esa idea a la tésis de casi toda la doctrina actual de derecho público para la cual la tarifa de los servicios públicos es un verdadera tasa cuya fijación compete al Estado, quien sólo puede delegarla al concesionario con restricciones (homologación, interven-

ción de la autoridad pública para reducirlas o aumentarlas, etc.). Es la solución que cristalizó en el Art. 50 de la Constitución de 1934.

Pero creo también que cuando la cláusula 13ª de la concesión del Central, y las demás disposiciones de los contratos y leyes relacionadas con las restantes concesiones hacen referencia a "privilegios y exenciones", o "privilegios y garantías", o solamente "privilegios", estableciendo un lapso determinado de duración para los mismos, no incluyen dentro de tales expresiones la facultad de fijar las tarifas. No hay en esto contradicción con lo aseverado en el párrafo anterior; porque es evidente que el término "privilegio" ha sido empleado con un sentido restringido y preciso en los diversos contratos-leyes de concesión. El examen comparativo de los mismos autoriza a concluir que cuando se habla de "privilegios", o de "privilegios y exenciones" (el artículo 36 de la ley de 27 de agosto|884 se refiere a "garantías y privilegios"), se alude siempre a las garantías de interés, a la exoneración de impuestos, a la libre importación de materiales, etc. No es esta una distinción arbitraria; ni para fundarla hay porque recurrir al sentido gramatical, y para algunos al sentido legal, de las palabras empleadas. Parece más útil y convincente para una correcta interpretación, intentar una elaboración sistemática de nuestro régimen de concesiones ferrocarrileras, a fin de establecer el lugar que en el sistema legal de esa explotación tienen, por una parte, la potestad de tarifar, y por otra, los privilegios, exenciones y garantías otorgadas a las empresas.

Deben señalarse en tal sentido estas directivas generales como informando el régimen legal de los ferrocarriles concedidos: las empresas fijarán libremente sus tarifas mientras las utilidades no alcancen el porcentaje que, en forma descendente, han ido determinando los distintos contratos de concesión; garantía de interés para los capitales invertidos; liberación de impuestos y otros gravámenes fiscales durante determinado lapso de la concesión; contralor por parte del Estado sobre determinados aspectos del funcionamiento y administración de las líneas. Todo ello sin perjuicio de los poderes de policía y alta superintendencia administrativa que incumben al Estado sobre los servicios públicos sujetos al régimen de concesión.

En esa enunciación muy general, es fácil distinguir lo que se concede a las empresas como privilegio, exención o garantía, a fin de facilitar la estabilización financiera de las mismas, y en cierto modo como prima por una inversión riesgosa e incierta si se atiende a la época en que se realizaba, de las otras normas dictadas en vista de los intereses generales, y, particularmente, del desarrollo económico del país estrechamente vinculado al trazado y modo de explotación de la industria ferrocarrilera. Entre las primeras están las garantías de interés, las exoneraciones de impuestos u otras formas de gravámenes; las segundas (modo o forma de explotación) comprenden todo lo relativo al trazado de las líneas, formación de tarifas e intervención de la autoridad pública en esa formación.

Aquellas suponen, por su propia índole y finalidad, destinadas como estaban a cubrir los riesgos de los primeros tiempos de la explotación, un lapso determinado de duración. Estas, se vinculan a la esencia misma de la concesión, constituyen la ecuación financiera de la misma, han sido

otorgadas por el término de su duración, y deben, pues, subsistir mientras el Estado por medios jurídicos regulares no ponga fin a dichas concesiones o no modifique, mediante acuerdo con las compañías concesionarias, las condiciones en que el servicio fué concedido.

Nada está más vinculado a la faz comercial del servicio que la determinación del precio o tarifa del transporte. El modo o régimen de fijación de esa tarifa incide de manera excepcional, quizás más que cualquier otra regla de la concesión, tanto sobre los intereses del Estado como sobre los del concesionario. Y eso obliga a interpretar con sentido muy estricto las disposiciones y cláusulas de las concesiones relativas a ese modo de fijación. Admitir, por consiguiente, que el régimen de tarifar pactado en las concesiones tiene la duración de los "privilegios y exenciones", importa ensanchar el contenido de esas expresiones, realizando una interpretación extensiva no autorizada ni por la letra, ni por los antecedentes y espíritu con que, evidentemente, fueron suscritos los contratos de concesión. Es obvio, por la trascendencia que ello tiene en toda concesión, que una afectación tan grave para el equilibrio financiero del contrato habría sido prevista a texto expreso; máxime si se atiende a que muchas otras de menor trascendencia han sido claramente puntualizadas en las concesiones.

Algunos antecedentes ilustran aún más esa solución. Así la base 6ª de la primitiva concesión del Central (ver P. V. Goyena "La Legislación Vigente I, pág. 470, aprobada por decreto de 1866 (4 de octubre), establecía:

"Los materiales, útiles y artículos que se importaren del extranjero, para la construcción, uso y consumo exclusivo del ferrocarril, serán libres de todo derecho durante el término de las garantías, y la propiedad del ferrocarril será libre de toda contribución u otro impuesto por el término de cuarenta años"; y en la base 16ª: "La fijación de tarifas se hará por el Directorio... interviniendo el Superior Gobierno después que las utilidades líquidas alcancen el 16 % ". Véase como para las exenciones y privilegios, así como para la garantía de interés (bases 10 y 11) se fija en términos expresos el lapso de cuarenta años; para el régimen de tarifas la limitación se buscó, no en condiciones de tiempo, sino de porcentaje de interés.

Hay otro antecedente interpretativo valioso. La base 2ª de la concesión Baena (Goyena, op. cit., pág. 486), dice: "Los materiales, terrenos y demás pertenencias de la empresa del ferrocarril, quedarán exentos de contribución directa, patentes y cualquier otro impuesto ordinario o extraordinario creado o por crear ". Esa cláusula fué observada por el Fiscal de Gobierno en los siguientes términos: "Conviene fijar un límite al tiempo de esa condición. La perpetuidad sería un absurdo. El Ferro Carril Central del Uruguay la tiene por cuarenta años... Si la empresa de ese ferrocarril que gozaba de la grantía del 7 %, obtuvo cuarenta años de exención de impuestos fiscales, parece equitativo conceder a esta otra empresa, que carece de esas ventajas, algún plazo mayor de los cuarenta años preindicados"; y el Ministro Montero, el mismo que interviene en la concesión del Central, suscribe el decreto (IV|22|878) que acuerda la concesión en los términos indicados por el Fiscal de Gobierno.

Las mismas o parecidas expresiones se reproducen en las concesiones otorgadas con posterioridad a la ley de trazado general (VIII|27|884). En la relativa al ferrocarril Montevideo a Artigas y frontera del Brasil (Goyena, op. cit., 492), se dice: "La nación garante el 7 % sobre un costo de 5000 £ por kilómetro abierto al tráfico público durante los cuarenta años que se establecen por el artículo de la ley que se refiere a la duración de los privilegios que ella garante" (cláusula 5ª). En cambio, la cláusula 15ª de esa misma concesión sólo dice que el P. Ejecutivo intervendrá en la fijación de las tarifas cuando el dividendo neto de la empresa exceda del 12 %. La referencia de aquella cláusula 5ª es el Art. 36 de la ley de trazado general (agosto de 1884) según el cual "las garantías y privilegios que se acuerdan por la presente ley durarán por el término de cuarenta años a contar desde la fecha de la concesión".

Podrían aumentarse los ejemplos que demuestran que la mención a "privilegios y exenciones" o "privilegios y garantías" no es comprensiva del régimen de tarifar. Es que, en realidad, sólo forzando los términos puede, por esa vía interpretativa, justificarse el derecho de intervención.

Hay en todo esto un equivocado planteamiento del problema que quiero señalar. No se trata, a mi juicio, de saber si la cláusula 11 de la concesión del Central (y las similares de las demás concesiones) consagra un derecho de la empresa limitado en favor del Estado, o si lo que reconoce es un derecho del Estado limitado en favor de las empresas. Lo que esas cláusulas establecen es un modo de fijación de las tarifas con intervención del Poder Administrador, condicionada esa intervención a que el concesionario alcance un límite razonable de ganancia. El problema doctrinario relativo a saber si la fijación de tarifas en los servicios públicos, constituye o no un derecho inmanente del Estado, cede, en el caso, ante el texto claro de los contratos de concesión.

El Estado ha querido asegurar un rendimiento razonable a los concesionarios durante todo el lapso de la explotación; y las propias rebajas sucesivas del porcentaje lo ponen de manifiesto. Nuestros gobernantes pudieron quizás adoptar otro régimen más favorable, en principio, al interés público, y más en armonía con las nociones, entonces no muy nítidas sobre servicios públicos concedidos. Conocían, seguramente, algunos de los sistemas europeos donde se afirmaban, entre otros regímenes, los que establecían el principio de la homologación. Se inclinaron, sin embargo, a un sistema de fijación de las tarifas que, juzgado con criterios actuales de derecho público y de política económica, puede ser criticado; pero que encuentra explicación histórica en las circunstancias que gravitaban sobre el país en los momentos en que fueron otorgadas la mayor parte de las concesiones ferrocarrileras.

Un primer punto me parece, pues, incuestionable, prescindiendo de toda valoración doctrinaria, económica o política y atendiendo solamente al texto de las leyes, concesiones y antecedentes de las mismas: **la vigencia actual de las cláusulas que limitan la facultad de intervenir en las tarifas mientras las utilidades de la explotación no alcancen los porcentajes preestablecidos.**

II) Eso lleva casi a la solución del segundo punto de la consulta: ¿ca-

be admitir la modificación unilateral, por parte del Estado, de las concesiones, en lo relativo al régimen de tarifas?

Sin duda no es posible interpretar el alcance y efectos de los contratos de concesión con criterios de derecho civil. Es valor entendido que la concesión es "un contrato administrativo por el cual un particular concesionario, viene autorizado por la administración para desarrollar un servicio público recibiendo de los usuarios como contraprestación económica, la cantidad determinada en las oportunas tarifas". (Cámara Civil 1ª, 22 de junio|934; "Gaceta del Foro", Buenos Aires, T. 110; pág. 319); o, según el concepto de Jéze: "El servicio público concedido continúa siendo un servicio público. No es una explotación que se convierta en empresa privada. La concesión no es más que un modo de gestión de un servicio público". (Jéze. Los contratos administrativos. Edi. 1927, pág. 64). De ahí deriva el principio de que la policía y la superintendencia sobre el servicio pertenecen al Estado, "el cual no puede abandonar, en virtud de concesiones con particulares ese deber que su propia naturaleza le impone. Dentro de esa esfera es el derecho público el que rige, y a él hay que atenerse para regular las respectivas atribuciones". (E. J. Lagarmilla, en Jurisprudencia Abadie Santos; V. pág. 618).

Pero el contrato de concesión crea, junto a las situaciones regidas por normas de derecho público, un equilibrio financiero, vinculado a las condiciones y formas de la explotación que el Estado no puede desconocer o alterar en forma unilateral, rompiéndolo en perjuicio del concesionario. Dentro de esa ecuación financiera, nacida y mantenida al amparo del contrato de concesión, está en el primer plano el modo de fijación de las tarifas. Alterar ese modo, dándole al Estado una potestad de intervención más allá del límite pactado a texto expreso, significa imponerle al concesionario una grave carga patrimonial no prevista ni autorizada por el contrato.

Si razones de interés general reclaman, en ese aspecto, un reajuste de las condiciones en que fué concedido el servicio; si la explotación de las líneas, dentro de los términos económicos de la concesión, resulta gravosa para dicho interés; si se entiende por la administración que es indispensable realizar una política liberal de tarifas o evitar la suba de las mismas (que puede ser provocada naturalmente por los mayores costos de la explotación), el dilema no está en optar entre el interés público y el daño patrimonial del concesionario, cuando hay la posibilidad de contemplar aquel interés dando a la vez satisfacción al no menos legítimo interés del titular de la concesión; y esto puede solamente lograrse, jurídicamente, o mediante la expropiación del servicio, a fin de que el Estado asuma directamente su gestión, o mediante el acuerdo entre concedente y concesionario. Soluciones estrictamente jurídicas, en primer lugar; y, además, soluciones de absoluta equidad.

Toda otra forma de intervención, a mi entender, que implique alteración o modificación de las cláusulas financieras del contrato, con perjuicio patrimonial para el concesionario, comprometería la responsabilidad del Estado, obligándolo a indemnizar. No importa que esa intervención se haga directamente por la Administración o derive de acto legislativo. Por una u otra vía el Estado incurriría igualmente en responsabilidad.

III) Pero la consulta, colocándose en la eventualidad de una contestación afirmativa sobre el segundo punto (posibilidad de intervención unilateral del Estado en el régimen de tarifas), promueve la cuestión de si la intervención del Estado puede privar a las empresas de obtener una razonable utilidad por sus inversiones.

No creo que en este punto haya quien discrepe en cuanto a la solución. Aún en el caso, — que en un plazo de estricto derecho no me parece admisible, por las razones aducidas con anterioridad, — de que el Estado pueda intervenir libremente (lo que es aún mucho más que la simple homologación) el ejercicio de ese poder jurídico de administración, frente al concesionario, no puede ser incondicionado. No solamente ninguna norma de derecho público autorizaría tal solución, sino que, además, tal ejercicio incondicionado configuraría una violación de los derechos y garantías que consagra la propia Constitución.

Hay una faz de la concesión que el Estado no puede cambiar unilateralmente sin compensar al concesionario. "Es de la esencia misma de todo contrato de concesión buscar y realizar, en la medida de lo posible, una igualdad entre las ventajas que se acuerdan al concesionario y las cargas que se le imponen. Las ventajas y las cargas deben equilibrarse de manera que se compensen los beneficios probables y las pérdidas previstas. En todo contrato de concesión se encuentra implícita, como cálculo, la equivalencia honesta entre lo que se acuerda al concesionario y lo que se exige de él. Y este cálculo de equivalencia es esencial al contrato; es la base, el fundamento mismo del consentimiento. Es lo que se llama el equilibrio financiero y comercial del contrato de concesión, la ecuación financiera de dicho contrato". Son palabras de León Blum, a quien no puede sospecharse de simpatía hacia la explotación de servicios públicos por compañías particulares. (Ver Jéze. "Los principios de D .Administrativo" 3ª ed. III-370; "Revisión o rescisión de concesiones de servicios públicos de transportes" en la Revue de Droit Public, año 1937, 1er. trimestre, pág. 5).

El Estado asegura, mediante ciertas cláusulas, la base económica de la concesión. No puede, sin restablecer el equilibrio financiero, modificar o destruir dicha base .Tratándose de la concesión del Central y extensiones, — y de las demás concesiones a que alude la consulta, — la facultad de regular las tarifas (factor económico capital dentro de la concesión) se ha reconocido a las Compañías dentro de ciertos límites; no es la potestad incontrolada de tarifar, puesto que el Estado puede intervenir en esa fijación siempre que las utilidades de los concesionarios lleguen a determinado porcentaje. Es decir, que entre el régimen de libre intervención del Estado o el de homologación y el régimen de libre tarifa, se optó por un sistema intermedio destinado a permitir al concesionario la obtención de una razonable utilidad. Esa razonable utilidad, que tienden a asegurar determinadas disposiciones del contrato de concesión, constituye uno de los elementos financieros básicos de la misma. Integra el "cálculo de equivalencia esencial al contrato", para emplear la citada opinión de Blum. El concesionario realiza el servicio en las condiciones establecidas, ajustándose además a las disposiciones que en uso del poder de policía dicte la administración; pero el Estado está obligado a respetar las ventajas financieras pactadas al otorgar la concesión. Toda intervención, en este aspecto,

obliga a resarcir, en la medida en que ella destruya el equilibrio económico creado por la concesión.

Aún, repito, quienes entienden que la ingerencia del Estado en la formación de las tarifas es de principio cualquiera sea el límite que ella tenga en los contratos realizados con los concesionarios, solución que se acentúa en nuestro país con el Art. 50 de la Constitución, deben admitir, con la opinión general de la doctrina y la jurisprudencia extranjera, que la intervención del Estado no puede cumplirse con daño económico para el gestor del servicio. El daño consiste en **privarle de una ganancia razonable y prevista** al suscribir el contrato. Esa ganancia no puede quedar librada a una estimación más o menos arbitraria, sino que es el interés normal de los capitales invertidos en la explotación. Tratándose de nuestras concesiones ferrocarrileras ese tipo de interés aparece fijado en las propias concesiones con el porcentaje más allá del cual es dable al Estado intervenir; y todo lo que implique obstar, sean cuales sean las razones que se aduzcan, a que se alcance esa utilidad, prevista y autorizada, dentro de modos normales de explotación, apareja indemnización.

El Estado puede en los servicios públicos de gestión directa privarse de toda utilidad, limitándose a cubrir el costo del servicio, y aún abaratarlo, solventando los déficits de explotación. En más de un caso, por la naturaleza del servicio, el interés público exige tal solución. Pero cuando la gestión se entrega a particulares está obligado a respetar los beneficios financieros que otorgó y que son inherentes a la esencia misma de la concesión. El concesionario ha tomado sobre sí obligaciones, ha invertido gruesos capitales, teniendo en cuenta la obtención de una razonable utilidad. Ha convenido un límite para la misma. Si las condiciones o forma de la explotación en materia de tarifas, hecha dentro del régimen que se pactó y debe respetarse, resulta gravosa o perjudicial para el país, la intervención del Estado que altere el equilibrio financiero del contrato, privando a la empresa de las utilidades previstas genera, en favor de ésta, derecho a la indemnización; sin ella no puede cercenarse el beneficio normal previsto por el contrato.

En suma, entiendo:

a) Que la facultad de las compañías de determinar sus tarifas sin intervención del Estado hasta no alcanzar determinado porcentaje de utilidad, no está comprendida entre los "privilegios o exenciones" sujetos a un plazo de caducidad en las concesiones.

b) Que las cláusulas que constituyen o fundamentan el equilibrio económico de la concesión (entre ellas principalmente las relativas al modo de formación de las tarifas) no pueden ser objeto de modificación unilateral por el Estado. Sólo caben como soluciones estrictamente jurídicas: el acuerdo de partes o la expropiación.

c) Que aún admitida la libre intervención del Estado en la formación de las tarifas, toda modificación o intervención que destruya el equilibrio financiero de la concesión, privando al concesionario de

obtener la utilidad prevista en el contrato, obliga a la indemnización.

Ofreciéndome para ampliar en cuanto se estime útil o necesario esta consulta, lo saluda con su más distinguida consideración.

Juan Pedro Zeballos

TERCERA PARTE

Que contiene el escrito de la Compañía evacuando la vista que le fué conferida por el Ministerio de Obras Públicas

XV

ESCRITO DE LA COMPAÑIA DEL FERRO CARRIL CENTRAL DEL URUGUAY, EVACUANDO LA VISTA QUE LE FUE CONFERIDA POR EL MINISTERIO DE OBRAS PUBLICAS

Fecha: 18 de diciembre de 1945.

Señor Ministro de Obras Públicas,

Don TOMAS BERRETA.

Presente.

Señor Ministro:

Paso a evacuar la vista, que Vd. se ha dignado conferirme, del informe sobre homologación de tarifas, producido por la Comisión encargada de estudiar las propuestas hechas por el Ferrocarril Central del Uruguay para resolver las cuestiones planteadas con motivo del aumento de sus fletes.

I

Esa Comisión, antes de pronunciarse sobre las referidas propuestas, ha anticipado su concepto de que el Estado puede intervenir en cualquier momento, a su solo arbitrio, en la regulación de las tarifas de los ferrocarriles que administro, pero no con un criterio discrecional, sino contemplando, equitativamente, los intereses públicos, por un lado y los de mis Compañías, por otro.

Esta salvedad — que la Comisión ha sentido la necesidad de establecer, como para mitigar la violencia de su doctrina frente a los contratos-leyes de concesiones y a las arbitrariedades a que abriría las puertas — hace que la discusión quede planteada en un terreno puramente especulativo, pues de contemplarse, en la forma indicada, los intereses públicos y los de los concesionarios, las tarifas, en las actuales circunstancias, siempre tendrían que ser aumentadas en la forma en que lo han hecho mis Compañías, y aún más.

No obstante esto, tengo un interés fundamental en impugnar el criterio de la Comisión, en cuanto considera que el Estado tiene derecho a intervenir libremente en las tarifas de mis Compañías.

Tengo interés fundamental en impugnar ese criterio porque, ante los contratos-leyes que nos rigen, lo considero antijurídico y contrario a la buena fe con que deben ser cumplidas las convenciones — con mayor razón cuando son de carácter público — y porque, de admitírselo, resultaría que mis Compañías se verían expuestas a que sus contratos pudieran ser modificados o interpretados unilateralmente, por la sola voluntad del Estado.

De ese modo, después de haber invertido las decenas de millones de pesos que le cuestan los servicios ferroviarios, atraídas por los contratos-leyes de sus concesiones, las Compañías se encontrarían con sus derechos en el aire; con sus derechos, que son las contraprestaciones de sus servicios, a merced del criterio con que el Estado quisiera aplicar los convenios, que al fin y al cabo no es más que el criterio de los hombres

o de los partidos que gobiernan, sujeto a errores o pasiones, más peligrosos por la dilución de la responsabilidad, cuando no a los vaivenes de las luchas políticas.

II

La Comisión funda su criterio en dos razones, que pueden sintetizarse así:

a) Según la doctrina actual, dice, las tarifas de ferrocarriles son tasas de servicios públicos y, por lo mismo, el Estado, a quien incumbe esos servicios, como una de sus funciones fundamentales, tiene el derecho inmanente de regularlas.

b) Cuando el Estado, limitándose ese derecho, facultó a las empresas concesionarias de los ferrocarriles para fijar las tarifas mientras sus utilidades líquidas no pasaran de cierto porcentaje de su capital, les concedió un privilegio que, como tal, caducó, junto con los demás privilegios, las exenciones y las garantías, al terminar el plazo pactado para éstos.

Ambas cuestiones han sido profunda y brillantemente delucidadas en distintas épocas, en las consultas, que acompaño, de los doctores Eduardo Brito del Pino, Pablo De María, Luis Varela, Juan José Amézaga, Arístides L. Delle Piane, Raúl E. Baethgen, Aparicio Méndez y Juan Pedro Zeballos, algunos de ellos especializados en derecho público, como los doctores Luis Varela y Aparicio Méndez, actual catedrático, éste, de derecho Administrativo en nuestra Facultad de Derecho.

Acompaño, también, un informe, coincidente con las opiniones vertidas en esas consultas, presentado al Ministerio de Obras Públicas, en el año 1920, por una Comisión nombrada por el Poder Ejecutivo para estudiar diversas cuestiones relacionadas con los servicios ferrocarrileros, que estaba integrada por el Ingeniero don Luis Andreoni; por don Pedro Aramendía, doctor Asdrúbal E. Delgado y don Federico Arrosa, como delegados de la Asociación Rural; por el doctor Eugenio J. Lagarmilla y el Ingeniero don Carlos Arocena, como delegados de la Federación Rural; por don Serapio Uran (hijo) y don Julio C. Barreira, como delegados de la Cámara Mercantil de Productos del País; por el Agrimensor don Francisco J. Ros y don Francisco E. Graffigna, como delegados de la Comisión Nacional de Fomento Rural; por el Ingeniero don Arturo V. Rodríguez, como Jefe de la Dirección de Ferrocarriles, y por don Guillermo Botte, como Director del Control. Dicho informe, en el que, como en las consultas referidas, se estudian los derechos del Estado a intervenir en las tarifas, con arreglo a los contratos de concesión, fué redactado por una sub-comisión que integraran los doctores Eugenio J. Lagarmilla y Asdrúbal E. Delgado.

Con todo ese acopio de opiniones, desarrolladas extensa y brillantemente — que doy por incorporadas a este escrito, para que se tengan como formando parte integrante de él — queda, a mi juicio, agotado el

estudio de las cuestiones planteadas, y minuciosa y terminantemente refutadas las conclusiones a que se llega en el informe en vista.

Y aunque la jerarquía intelectual, profesional y moral de todos y cada uno de los jurisconsultos cuyos dictámenes invoco, hace insospechable la sinceridad de sus opiniones, creo conveniente llamar la atención sobre que cuando el Dr. Luis Varela expresó, por primera vez, la suya, en su cátedra de la Facultad de Ingeniería, y, después, en su libro Legislación Especial de Obras Públicas, aparecido en 1897, no era abogado de ninguna empresa ferrocarrilera, y que tampoco lo son los doctores Arístides L. Delle Piane, Raúl E. Baethgen, Aparicio Méndez y Juan Pedro Zeballos, consultados últimamente, ni tienen vinculación de clase alguna con mis Compañías. Precisamente, por no tenerlas, además de por su notoria jerarquía intelectual, profesional y moral, es que fueron consultados, a fin de reunir, así, fuera de las de nuestros abogados — que exponen siempre, desde luego, con la más amplia libertad, sus propias convicciones, como no podía ser de otro modo, siendo ellos quienes han sido y son un núcleo de opiniones de profesionales cuya imparcialidad, por ser absolutamente extraños a las Empresas, no pudiera ser siquiera sospechada.

Todos ellos llegan, después de fundarlas con la mayor amplitud, desde distintos puntos de vista, a conclusiones coincidentes y terminantes en el sentido:

a) de que están en pleno vigor las cláusulas de los contratos de concesión que autorizan a mis compañías a fijar sus tarifas sin intervención del Estado, mientras sus beneficios no lleguen a los porcentajes previstos en aquellas;

b) de que esas cláusulas no pueden ser ni revocadas ni modificadas unilateralmente por el Estado, ni puede éste privar a mis Compañías de ninguno de sus otros derechos contractuales, salvo por la vía de la expropiación y mediante las indemnizaciones correspondientes;

c) de que si, unilateralmente, el Estado, prescindiendo de esta vía, revocara o modificara aquellas cláusulas o privara a las Compañías de cualquiera de aquellos derechos, así lo hiciere por medio de la ley, cometería un acto inconstitucional, que configuraría un abuso o una desviación de poder, susceptible de crearle responsabilidades.

d) de que el derecho pactado entre el Estado y las Compañías, de fijar, éstas, por sí solas, sus tarifas, mientras sus utilidades no lleguen a los porcentajes convenidos, no puede considerarse, de ningún modo, como un "privilegio" sino como un "derecho", un derecho contractual, convenido, precisamente, para que las Compañías puedan obtener, por sí mismas, un justo y razonable precio de los servicios contratados con ellas; como una fórmula, bien que restrictiva, de fijarse dicho precio, ya que no es posible suponer — esto lo añado yo, para completar el argumento — que, en un contrato oneroso, como es el de las concesiones, las Compañías iban a prestarse a invertir las cantidades millonarias que

la realización de esos servicios requieren, dejando al arbitiro del Estado nada menos que la fijación del precio de la prestación a cargo de ellas, que era, precisamente, la causa que en el contrato las determinaba a obligarse. La sola enunciación de esto, basta para afirmar la idea de que, al establecerse el derecho de las Compañías a fijar sus tarifas, aunque con las limitaciones convenidas, no se les concedió un privilegio, ni pudo estar esto en la mente de las partes, sino un derecho contractual, que constituía, para ellas, la razón o motivo fundamentales del acto jurídico que llevaban a cabo.

Y conviene hacer resaltar, señor Ministro, que en ese selecto grupo de jurisconsultos a que he pedido opinión, hay, como lo he señalado, profesores de derecho público, para que no pueda decirse — como se dijo, pretendiendo restarles valor, de los dictámenes de los eminentes maestros doctores Pablo De María, Eduardo Brito del Pino y Juan José Amézaga — que los derechos y deberes del Estado y de mis Compañías, ante los contratos-leyes de concesión, han sido estudiados con criterio de "civilistas" y no de "publicistas". Como si todos los contratos, aún los de derecho público, no debieran ser interpretados y cumplidos a la luz de las mismas, eternas y sagradas normas, morales y jurídicas, de la buena fe, de la equidad, del respeto a la intención común de las partes; intención referida, como es lógico, al ambiente, a los conceptos y a las situaciones de la época de los convenios, y explicada por los hechos y actitudes de dichas partes, posteriores a éstos, normas que, aunque estén incluídas en el Código Civil, no son "civilistas", sino universales, de orden público, puesto que son normas de razón y de justicia, cuya inaplicación, por los particulares o por el Estado, en las controversias contractuales, llevaría al imperio subversivo de la arbitrariedad.

III

La Comisión dice que — según la doctrina actual, recogida "de la evolución del pensamiento jurídico doctrinario y jurisprudencial en la materia — las tarifas de ferrocarriles son tasas de servicios públicos, y, por lo mismo, el Estado tiene el derecho inmanente de regularlas, como organizador supremo de esos servicios, que constituyen una de sus funciones primordiales; pero la verdad es que esa doctrina, con la inusitada amplitud que se pretende darle ahora, es para ser controvertida ex-cathedra, a la luz de las nuevas corrientes de opinión sobre las transformaciones del derecho público, y no para ser aplicada con retroactividad en la dilucidación de situaciones contractuales que se crearon y consolidaron legalmente a la luz de conceptos menos extendidos.

La verdad es que si se pudiera destruir o modificar por una sola de las partes las convenciones legal y lealmente estipuladas, así sean ellas de derecho público, a pretexto de que nuevas teorías han ido transformando o extendiendo los conceptos jurídicos que eran corriente cuando aquellas convenciones se celebraron o que ambas partes aceptaron en la contratación, la inseguridad de ésta y las iniquidades a que el régimen podría dar lugar, estancaría el desarrollo económico y crearía un ambiente subversivo, comprometiendo el estado de legalidad que es el or-

den público. Por otra parte, los llamados del Estado, para contratar, se verían, seguramente, desiertos.

Ya dijeron esto, en sencillos y contundentes términos, los Ingenieros don Eduardo García de Zúñiga y don Mario Lenzi, aquel, Jefe de la Dirección de Ferrocarriles durante varias décadas, y éste, Jefe actual.

Ambos componentes de la Comisión informante, que han afinado su experiencia y el sentido de la responsabilidad en largos años de ejercicio de un cargo público especializado, de tanta jerarquía, firmaron discordes el informe en vista, y fundaron su actitud expresando, entre otras razones interesantes, que recomiendo al Sr. Ministro, que no consideraban pudiera invocarse, en este caso, el principio del derecho inmanente del Estado con la latitud con que pretenden aplicarlo los autores del informe, y que si se supiera que, mediante la invocación de ese principio, se podría modificar o anular las convenciones, "ningún empresario firmaría un contrato de servicio público" (textual).

Dijeron, así mismo, que no debían buscarse interpretaciones ante la redacción clarísima de la cláusula de los contratos-leyes que consagra la libertad de las Empresas para fijar sus tarifas, mientras las utilidades no lleguen a los porcentajes previstos, y que, por más que se diga, por los autores del informe, que el principio del derecho inmanente del Estado deberá ser aplicado invariablemente con criterio moderado y razonable, siempre queda la incógnita de quien será el encargado de resolver, "con imparcialidad y certeza, cada caso particular que se presente".

Con esto quisieron decir, sin duda, la gran verdad de que no puede admitirse que una de las partes contratantes, aunque ésta sea el Estado, pueda ser juez en la contienda y resolver, por sí misma, la cuestión; lo cual sería no solo antijurídico sino irrazonable, contrario a la equidad, que es el principio fundamental del derecho administrativo, y hasta despótico.

IV

Por otra parte, ese derecho del Estado de intervenir en la fijación de las tarifas ferrocarrileras fué ejercido por él, en el momento de la contratación del servicio con mis Empresas; que fué, precisamente, el momento oportuno para establecer las condiciones en que aquellas tomarían a su cargo la obligación contractual de realizarlo.

Fué, sin duda, ese derecho el que ejercitó el Estado cuando convino con mis Compañías la implantación y explotación de los ferrocarriles y las autorizó, como forma de pagarles sus servicios, a fijar ellas mismas las tarifas, mientras sus beneficios líquidos no pasaran de los porcentajes que se establecieron. Fué esta una fórmula de regulación de las tarifas, que el Estado, en ejercicio de su derecho, convino con los concesionarios, en los contratos de concesión, y sería profundamente injusto, antijurídico y hasta subversivo que — habiendo ejercido así su derecho y atraído, con el aliciente de tal fórmula de intervención, libremente pactada, los capitales millonarios que se necesitaron para implantar un ser-

vicio público que él no estaba en condiciones de llevar a cabo con sus propios medios — pudiera modificarla ahora, unilateralmente, por su solo arbitrio.

No! Si el Estado llega a pensar en algún momento que esa fórmula de intervención en las tarifas no es conveniente para los intereses públicos, lo que corresponde no es proceder despóticamente, violando la fe de sus contratos y alterando, por su sola cuenta, la ecuación financiera de las concesiones, sino buscar un entendimiento con los concesionarios o si no pudiera llegarse a esto, proceder a la expropiación de los bienes y derechos de las Compañías, de acuerdo con la ley y como está prevista en las mismas concesiones.

El Estado, al contratar con aquellas, convino en ejercer su derecho de regular las tarifas mediante la fórmula pactada; mediante la fórmula de intervenir en ellas solo cuando las utilidades de los concesionarios pasaran de los porcentajes establecidos, porque, sin el aliciente, para aquellos, de poder obtener tales beneficios — que en una industria insegura, oscilante, complicada y muy costosa, no eran entonces exagerados —no hubiera podido implantar los servicios ferrocarrileros, que tanto impulsaron el desarrollo del país.

V

La Comisión informante en mayoría — para demostrar que el Estado siempre tuvo en vista su derecho inmanente a intervenir en las tarifas ferroviarias, con la pretensión de justificar ahora su tesis de que puede fijarlas libremente, no obstante los contratos-leyes celebrados — transcribe, en la página 14 del informe en vista, tomadas de un discurso del Dr. Manuel Otero, las siguientes palabras del senador Juan Alberto Capurro, miembro informante, en el Senado, de la ley de Trazado General de Ferrocarriles de 1884: "El derecho de intervención que corresponde al Estado en las tarifas ferroviarias es incontestable".

Pero es lo cierto que el Dr. Otero, al evocar aquellas palabras del Senador Capurro, en su afán iconoclasta de llevar adelante su tesis subversiva de que el Estado podía destruir a mansalva los contratos de concesión, dejó trunco el informe de aquél, tergiversando, de ese modo, con la cita incompleta, su pensamiento y opinión.

En efecto, él expresó algo más en la referida oportunidad. Dijo, terminando su exposición, lo siguiente:

"Este sistema no podría adoptarse entre nosotros" (se refería a la "homologación de tarifas) ni podemos exigir tanto, porque las condicio- "nes de población y producción de la campaña no prometen a las em- "presas una seguridad de resultado inmediato, como en Europa".

"Es pues, conveniente, por ahora seguir el ejemplo de la República "Argentina, que establece el límite de 12 % de rendimiento después del "cual el Estado podrá, como en Francia, adoptar el sistema de aprobar

"las tarifas que estudien y propongan las diferentes empresas si éstas "respondan a los intereses públicos".

El texto completo y exacto de la parte del informe que suscribe el Senador Capurro conjuntamente con los Senadores José Pedro Farini y Nicolás Zoa Fernández, en cuanto se refiere a las tarifas, puede verse en el Diario de Sesiones de la H. Cámara de Senadores, tomo 31, pág. 482, y dice así:

"En cuanto al derecho de intervención que le corresponde al Esta- "do en la fijación de las tarifas, este es incontestable, por la influencia "que ejercen los precios de transporte sobre el desarrollo del comercio "y de la industria; pero ha de ser a condición de que no puedan alar- "marse ni coartarse los intereses legítimos de las empresas y en una "medida suficientemente liberal".

"En Francia, que es el país donde la reglamentación de todas las "administraciones públicas ha sido llevada al extremo, se deja la ini- "ciativa de la fijación de las tarifas a las compañías, a fin de que éstas "busquen las combinaciones más productivas y satisfactorias a sus inte- "reses; pero el Ministro de Trabajos Públicos se reserva el derecho lla- "mado de **homologación de las tarifas**, es decir, la aprobación de las "mismas, dándole así fuerza de ley".

"Este sistema no podría adoptarse entre nosotros ni podemos exi- "gir tanto, porque las condiciones de población y producción de la cam- "paña no prometen a las empresas una seguridad de resultado inme- "diato, como en Europa".

"Es, pues, conveniente, por ahora seguir **el ejemplo de la República "Argentina, que establece el límite de 12 por ciento de rendimiento, des- "pués del cual el Estado podrá, como en Francia, adoptar el sistema de "aprobar las tarifas que estudien y propongan las diferentes empresas, si "éstas responden a los intereses públicos".**

Como se ve, por estos dos últimos párrafos del informe del senador Capurro, que he subrayado por mi cuenta, para hacerlos resaltar, lo que él dijo es muy distinto a lo que le atribuyó el Dr. Otero, con su transcripción incompleta.

Lo que dijo, y esa es la concepción de la ley de 1884, es que el régimen establecido en la referida ley era el de limitar la intervención del Estado en las tarifas al momento en que las utilidades líquidas de los concesionarios pasaran de los porcentajes establecidos, igual al régimen que existía entonces en la República Argentina y al incorporado ya a las concesiones otorgadas antes en el país.

Estableciendo ese régimen, el Estado ejerció su derecho de intervenir en las tarifas, e incorporó aquel a la ley de 1884 al igual que antes lo había incluído en los contratos de concesión celebrados con la Compañía del Ferrocarril Central, en vez de adoptar el sistema francés, de amplia libertad para la homologación, porque las condiciones de nuestro

país no permitían la implantación de éste, como claramente lo explicó el senador Capurro en los párrafos que he transcripto.

Y, para medir mejor la importancia de ese criterio, como índice de interpretación de las concesiones a ese respecto, es de advertir que el señor Capurro había sido uno de los ingenieros que intervinieron en la confección de los pliegos de condiciones para aquellas y, más tarde, había sido uno de los representantes de la Compañía del Ferrocarril Central en su trato con el Gobierno, cuando se pactó con éste la concesión según se expresa, por boca del Dr. Otero, en la página 14 del informe en vista.

VI

La Comisión informante en mayoría parece entender que el derecho del Estado a fijar las tarifas ferroviarias, como en todos los servicios públicos, es algo que no es susceptible de autolimitación, en virtud de emanar de la soberanía, y que, por lo mismo, sean cuales fueren los compromisos que haya contraído a ese respecto en las concesiones, tiene siempre la mano libre para intervenir en aquéllas.

Sin embargo, no es así, y aunque diga que esa es la doctrina actual, recogida de la evolución del pensamiento moderno, la verdad es que todo eso no pasa de concepciones puramente especulativas. En materia doctrinaria, el ingenio de los publicistas y profesores de derecho administrativo, aguzado por el prurito, muy profesional, de innovar, va tazando orientaciones nuevas al derecho público, con vistas a un Estado omnipotente, que todo lo absorba y ante cuyas necesidades — concebidas y extendidas según la imaginación, cuando no las conveniencias políticas, del grupo de hombres que gobierna — no haya intereses particulares ni derechos adquiridos dignos de ser contemplados; pero la verdad es que las absolutas de los "publicistas" no han llegado a plasmar en la organización jurídica de nuestras democracias.

Por el contrario, los conceptos de la soberanía y de los derechos inmanentes del Estado van perdiendo mucho de su absolutismo rimbombante de otrora, para perfeccionar las relaciones humanas mediante una vida social regulada por la justicia, la equidad, la honestidad, el respeto a las convenciones libremente celebradas, y en la que el Estado sea la más alta expresión de esa conducta.

Se piensa así, con evidente razón, dejándose de lado conceptos y palabras sonoras.

Como lo ha expresado muy bien un ilustrado jurisconsulto argentino:

"La soberanía es susceptible de autolimitaciones, como la libertad
" individual es susceptible de restricciones. El Estado es soberano, como
" el hombre es libre; pero tanto el Estado como el individuo pueden obli-
" garse, sin que sea necesario ni exacto decir que trafican o "cambala-
" chean" su soberanía y su libertad; sin que sea lícito reconocerles el
" derecho para resolver los vínculos contraídos, con solo invocar esa so-
" beranía y esa libertad".

"La teoría de la omnipotencia del Estado es una teoría malsana y "no tiene asidero en nuestra Constitución".

"El Estado, cuando se obliga, debe respetar los compromisos; pro- "ceder como un hombre honesto. "L'Etat doit etre honnéte homme", se- "gún la conocida frase de M. Thiers".

"Es inmoral buscar en la soberanía, en el dominio eminente o en "el poder de policía, una absolución fácil para redimirse del cumplimien- "to de obligaciones contraídas deliberada y espontáneamente".

"Cuando el Estado, por razones financieras, no puede prestar los "servicios públicos de su incumbencia y debe acudir a la iniciativa pri- "vada, al capital privado, tiene que someterse, naturalmente, a condi- "ciones. La soberanía no resulta, con ello, menoscabada, porque ha me- "diado aceptación voluntaria, libertad del consentimiento". (Dr. José "Beltrame, en el Boletín de la Junta Consultiva de Abogados, de la Ofi- "cina de Ajustes de Ferrocarriles, Buenos Aires, tomo I, página 5).

Y estos conceptos, tan exactos, tan justos y tan claramente expuestos, han prevalecido siempre en los fallos que, precisamente sobre aplicación de tarifas ha dictado la Corte Suprema de la Nación argentina, cuyo admirable y firme desempeño, frente a las frecuentes desviaciones del poder administrador, le han creado tan grande prestigio.

Ella ha entendido y resuelto, por ejemplo, que aún cuando la percepción y distribución de impuestos son funciones del Estado como Poder Público, cuando tales atribuciones han sido regladas mediante estipulaciones concertadas entre el Estado y una empresa, **no es admisible que el gobierno contratante interprete por sí sus propias convenciones, erigiéndose en juez, ni es posible autorizarlo para alterar las obligaciones contractuales** (Jurisprudencia Argentina, tomo 47, páginas 441, resumen número 3 sobre la sentencia relativa a tarifas del Puerto de Rosario).

Y últimamente, en sentencia de fecha 20 de abril del corriente año, pronunciaba en un juicio seguido por la Compañía del Dock-Sud de Buenos Aires contra el Gobierno Nacional, dijo, confirmando sus arraigadas orientaciones, cosas tan interesantes como estas, aplicables a nuestra situación, que me permito subrayar:

"Que, por otra parte, **habría sido imposible obtener que alguien "arriesgara, en esas condiciones tan importantes capitales en una empre "sa cuya prosperidad o fracaso habrían de quedar librados nada menos que "al arbitrio y a las conveniencias económicas de su concedente y concu- "rrente.**

"Como dijo esta Corte Suprema en fallos: 155.12, refiriéndose al Dock "Sud, debe observarse que **tratándose de una obra pública que requería "el levantamiento de los capitales necesarios para llevarla a término, ni "el concesionario ni el gobierno, éste al autorizarla y aquél al aceptarla, "han podido creer que las entradas llamadas a procurar el rendimiento "y amortización de tales capitales habrían de quedar supeditadas a los**

"cambios y a las fluctuaciones de la legislación que en el futuro se fuera "dictando."

"Desde luego, porque sin una base concreta ningún cálculo sobre el "costo y producido de la obra era factible, y, además, porque no es de pre- "sumir que el concedente se reserve la facultad de alterar y hasta de su- "primir, mediante sus facultades administrativas e indirectamente me- "diante otras leyes, los derechos acordados en el acto de la concesión, sin "indemnización."

"El éxito del sistema de concesiones, como instrumento para promo "ver el bienestar general, mediante la colaboración de los capitales pri "vados, finca, cabalmente, en el estricto y leal cumplimiento de las obli- "gaciones convenidas..."

"Que esta Corte ha reconocido, en diversos fallos, que las disposicio- "nes contenidas en los artículos 14 y 17 de la Constitución Nacional pro- "tegen también, a los derechos emergentes de una concesión y ha declara- "do la resposabilidad del Estado por los daños y perjuicios sufridos por "el concesionario a consecuencia de la violación de los respectivos dere- "chos y obligaciones, por parte del primero" (Boletín de la Junta Consultiva de Abogados, de la Oficina de Ajustes de Ferrocarriles, Buenos Aires, tomo XXI, páginas 430 y 432).

Y permítame, señor Ministro, que acuda todavía, a otra cita más, ya que las opiniones extrañas, emitidas por escritores jurídicos prestigiosos, sin estar influídos por ningún interés y sin vinculación alguna con el caso particular que se discute, tienen siempre una fuerza de convicción muy superior a las de las partes interesadas.

Comentando uno de esos fallos de la Corte Suprema de la Nación Argentina sobre aplicación de tarifas, precisamente el relativo a las establecidas por la Sociedad Puerto de Rosario, a que aludí antes, el reputado jurisconsulto Dr. Clodomiro Zavalía, uno de los directores de Jurisprudencia Argentina, publicó, en nota, en el tomo XLVII, página 441, de esa importante recopilación jurídica, el artículo que paso a transcribir, cuyos claros y sensatos conceptos vienen de perillas.

El artículo tiene el siguiente título: "El Estado no puede erigirse en "Juez, para fijar por sí el alcance de contratos celebrados con empresas "de Servicios Públicos", y dice así:

"La Corte consolida con este nuevo pronunciamiento el único criterio "compatible con la seriedad en que deben estar invariablemente basados "los actos del poder público.

"Si bien en el caso se trata de una acción promovida por un particu- "lar contra la sociedad anónima Puerto de Rosario, ha sido necesario, "para resolver el pleito, examinar el carácter de las relaciones existentes "entre esta última y la Nación, como quiera que la demanda se fundaba "en la improcedencia de la aplicación de tarifas que no habían sido apro- "badas por el Poder Ejecutivo. En virtud de la ley 3885, se construyó el "Puerto del Rosario por una empresa particular, firmándose un contrato "cuyas cláusulas importan derechos y obligaciones recíprocas, actuando la

"**Nación en un pié de absoluta igualdad con el particular contratante.**"

"No se concibe, por lo tanto, que por el designio y voluntad de una "de las partes se hagan cesar los efectos del contrato. Tal ocurre, por "ejemplo, cuando en vez de ser las tarifas a aplicar en el puerto el pro- "ducto de un entendimiento entre la empresa y la autoridad, se preten- "de establecerlas compulsivamente mediante un decreto."

"Ya antes de ahora, cuando en 1925 la empresa del Puerto de Rosario "demandó a la Nación sobre constitución del tribunal arbitral y fué ne- "cesario interpretar el contrato firmado en 1902, se hizo mérito de la so- "beranía inalienable del Estado, que permite al Poder Ejecutivo adoptar "resoluciones que los particulares deben cumplir sin discusión."

"Sería pueril desconocer que descansa, precisamente, en los poderes "que emergen de la soberanía, la existencia del Estado. Y fué en ejercicio "de esos poderes que el Congreso pudo dictar y dictó la ley 3835 y que el "Poder Ejecutivo, una vez verificada la licitación, concedió la obra a la "empresa que ofreció las mejores condiciones."

"Una vez ejercitado ese poder de "conceder" característico como nin- "guno del ejercicio de la soberanía, y dispuesto, como estaba en la ley, "que se firmaría un contrato, cuando llegó el momento de hacerlo, la "Nación había dejado de ser ya una persona del derecho público para "convertirse en una entidad de derecho civil. Y si en el ejercicio de las "actividades del contrato surgen desinteligencias, no es admisible que re- "aparezca la persona del derecho público, **para imponer unilateralmente su "voluntad".**

"Admitir la posibilidad de que esto suceda, es sancionar de antemano "el desamparo de los derechos del particular contratante, por más legí- "timos que sean. Era imposible encontrar fundamento jurídico a una si- "tuación semejante; pues, al firmar la Nación un contrato, queda implí- "cita y de antemano establecida, perfectamente caracterizada, la porción "de soberanía o dominio eminente de que se desprende, al asumir la per- "sonalidad contractual."

"En el caso que acaba de resolver la Corte, los representantes de la "Nación sostuvieron la invalidez de toda tarifa que no hubiese sido esta- "blecida por el Poder Ejecutivo, a su solo arbitrio. La Corte resuelve que "si la fijación de las tarifas, de acuerdo con el contrato, tiene que ser el "producto de un entendimiento con la empresa" **en nuestro caso no su- "cede esto mientras las utilidades no lleguen a los porcentajes previstos "en las concesiones)** "debe considerarse sin valor todo acto unilateral, "aún cuando él aparezca contenido en un decreto del Poder Ejecutivo."

"El pronunciamiento de la Corte viene en hora oportuna. Debido a "motivos que emergen del ambiente en que se desenvuelven las activida- "des legislativas, tanto en el orden nacional como en el provincial y mu- "nicipal, se ha caído en el prurito de no ver en las empresas concesiona- "rias de servicios públicos el usufructuario legítimo de situaciones cuyo "nacimiento fué el producto de una deliberación consciente entre las per-

" sonas que representaban a las primeras y los funcionarios a quienes les
" era dado actuar en nombre del poder público."

" No sería posible despojar a este último de la facultad inalienable " de velar por los intereses de la colectividad a quien dichos servicios de- " ben prestarse; sólo que, si media un contrato, nada puede hacerse fue- " ra de sus normas. Si en la práctica se vió que sus estipulaciones son in- " convenientes, el camino de remediarlo no puede ser otro que una nueva " convención: ningún caso la imposición de una voluntad sobre la otra".

Esa es, sin duda, la tesis que se aviene con nuestro régimen político, en el que, no obstante las doctrinas de los publicistas de moda, no se encontrará ningún texto que autorice al Estado a dejar de cumplir sus obligaciones contractuales, válidamente contraíadas. Y no tiene necesidad de recurrir a tal recurso, tan contranatural y subversivo, cuando una razón de alto interés público haga inconveniente la ejecución de un contrato, desde que, mediante el procedimiento de la expropiación de bienes y derechos, que la Constitución ha puesto en sus manos, puede dar satisfacción a las conveniencias generales, sin menoscabo de los legítimos intereses creados y de su seriedad y rectitud.

En el caso en cuestión, si el Estado considera que la suba de tarifas —impuesta por necesidades que el mismo no puede menos que reconocer— es perjudicial para la economía del país, puede buscar un entendimiento con mis Compañías —que nunca sería imposible ni siquiera difícil, desde que se asegure a estas un razonable beneficio— y si esa o cualquier solución de conveniencias recíprocas, bilateralmente pactada, como bilaterales son los contratos de concesión, no pudiera prosperar, siempre tendría el Estado el recurso legítimo y serio —que, ese sí, podría utilizar unilateralmente— de expropiar nuestras líneas, previas las indemnizaciones que correspondan.

De ese modo, el interés público, que se invoca para dejar de lado nuestros contratos e imponernos tarifas, sin contar para nada nuestra voluntad, se serviría, no a costa exclusiva de mis Compañías y con detrimento del derecho y de la buena fé contractual, que el Estado debe ser el primero en respetar, sino en forma legítima y, como es de justicia y equidad, a costa de todos los habitantes del país, que nutren el tesoro público.

VII

Como bien lo sabe el señor Ministro, todas nuestras concesiones están vigentes. Unas, como las del Ferrocarril Central y sus extensiones Nordeste, Este y Norte, las de los Ferrocarriles Noroeste, Norte y Midland, son a perpetuidad. A otras, como la de la Extensión Oeste del Central y las Extensiones Algorta-Fray Bentos y Tres Arboles-Piedra Sola, del Midland, aunque son temporales, les falta aún muchos años para su vencimiento.

Conviene dejar aclarado aquí que si bien en el artículo 50 de la Constitución de 1942 se estableció que no se darían a perpetuidad las concesiones de servicios públicos y que el Estado condicionaría a su homologación las tarifas de esos servicios, que estuvieran a cargo de empresas

concesionarias, quedó perfecta y expresamente aclarado, **por unanimidad**, primero en la Comisión de Constitución de la Asamblea Constituyente y, después en la Convención Nacional, que esa disposición no tendría efectos retroactivos y no podría afectar, por lo tanto, a las concesiones otorgadas con anterioridad (Acta número 81 de la Comisión de Constitución, página 232 del libro respectivo, y sesión número 46 de la Convención, páginas 231 y 237 del libro de ésta).

Se ha dicho que esa aclaración no figura en el texto constitucional sometido a la ratificación plebiscitada y que, por lo tanto, no puede decirse que ella haya sido confirmada por el electorado. Pero esto es extremar los reparos hasta lo ficticio, porque la Constitución fué elaborada y votada en la Convención Nacional Constituyente por los representantes de los partidos políticos del país que intervinieron después en el plebiscito. Por lo tanto, sólo extremando el análisis hasta lo irreal puede decirse que la ratificación que estas fuerzas políticas organizadas prestaron al trabajo de sus constituyentes, fué sólo de la forma y no del fondo de los preceptos que estos sancionaron. Los mismos partidos políticos que, **por unanimidad** votaron en la Convención el texto constitucional con el alcance que quedó **expresamente** aclarado en el seno de aquella, ratificaron, después, en el plebiscito, el trabajo de sus representantes. Debe admitirse, pues, que la elaboración del texto y su ratificación plebiscitaria es obra de una misma inspiración.

Pero no vale la pena insistir en ese aspecto del asunto, porque en el texto tampoco se estableció que tendría efecto retroactivo, y no se hizo esta declaración porque la Convención entendió, por unanimidad, y de ello dejó constancia expresa en el acta, que, como lo habían dicho en la Comisión de Constitución los doctores Escalada y Manini y Ríos, esa declaración expresa no era necesaria porque, "de acuerdo a los principios generales, ninguna disposición puede tener efecto retroactivo" (46 Sesión ordinaria de la Convención, páginas 231 y 237 del libro de Sesiones, y Acta 81 de la Comisión de Constitución, página 232 del libro respectivo).

Es bien sabido, en efecto, que las disposiciones constitucionales, como las leyes, no pueden tener efectos retroactivos, salvo declaración expresa, y que cuando se les dá ese efecto, el Estado debe indemnizar todos los daños y perjuicios que ello cause, con motivo de las situaciones y contratos creados al amparo de las disposiciones vigentes.

Todas nuestras concesiones, pues, están en vigor, **y en todas ellas se ha estipulado que las compañías concesionarias fijarán, por sí mismas, sus tarifas, correspondiendo al Estado intervenir en ellas recién después que las utilidades líquidas lleguen al 16 o|o anual, en el Central (cláusula 11ª de la concesión); al 12 % en las Extensiones Este y Norte del Ferrocarril Central y Compañías del Noroeste, Norte y Midland** que se rigen por el Art. 31 de la ley de 27 de Agosto de 1884 al 8 % en la Extensión al Oeste (Ley de 26 de Mayo de 1896) **y al 8 o|o sobre el capital real en el Nordeste** (clusula 3ª del convenio de 20 de abril de 1906, otorgado ante el Escribano Elbio Estrada).

¿Cómo, ante estas cláusulas tan claras y tan básicas de nuestros con-

tratos vigentes, puede ocurrírsele a la Comisión informante en mayoría que el Estado tiene las manos libres para la fijación de nuestras tarifas, cuando ni ahora ni nunca nuestras líneas han llegado a producir aquellos beneficios; cuándo, si alguna vez dieron utilidades, éstas fueron muy modestas, y cuando hoy absolutamente ninguna las reditúa?

¡No hay duda de que se ha aguzado bien el ingenio para forzarlo a una solución semejante!

Se ha dicho, evocando conceptos del Dr. Manuel Otero, a los que la Comisión, con mucho optimismo, ha atribuído la virtud de "pulverizar" las opiniones de los doctores De María, Brito del Pino y Amézaga, lo cual arranca negativas rotundas a los informantes en minoría, ingenieros García de Zúñiga y Lenzi se ha dicho, repito, evocando conceptos del Dr. Otero, que esa facultad otorgada a mis Compañías, de fijar las tarifas mientras sus utilidades no pasen de los porcentajes indicados, es un privilegio que, como tal, caducó ya, cuando terminó el período fijado a los concesionarios para usufructuar de los privilegios y de las garantías.

Y para demostrar que es un privilegio se ha recurrido a una argumentación que puede ser concretada en este razonamiento: las tarifas de servicios públicos, se dice, son verdaderas tasas; las tasas, como manifestación del poder impositivo del Estado, sólo pueden ser fijadas por éste; luego, cuando el Estado concede a algún particular el derecho de fijarlas, le concede un privilegio.

Pero se trata de un falso razonamiento, porque la segunda idea y la conclusión son de una generalidad inexacta.

En efecto, de que sea el Estado quien pueda fijar las tasas, no se deduce, necesariamente, que no esté en sus atribuciones el delegar esa facultad en un concesionario del servicio público, cuya ejecución se ha visto en la necesidad de contratar con particulares, por no serle posible o conveniente realizarlo por sí mismo. Esa autolimitación de su facultad de establecer el precio del servicio, hecha en virtud de un contrato, precisamente para poder implantar y realizar ese servicio, no estaba prohibida por ninguna ley ni era contraria a nuestro régimen político cuando el Estado contrajo la obligación contractual de permitir a mis Compañías que fijaran sus tarifas, dentro de los límites que se estipularon.

Por otra parte, no existe un lazo lógico entre la conclusión del raciocinio que impugno y los términos que la preceden, porque el Estado puede conceder a un particular la facultad de fijar el precio de un servicio público, sin acordarle, por eso, precisamente un "privilegio", desde que dicha facultad sea el contravalor contractual de la prestación a que el particular se ha obligado.

En ese caso, no es una gracia lo que otorga, no es una exención o liberación de algo que la generalidad de los habitantes del país estén obligados a cumplir, como sería la exoneración de impuestos, por ejemplo, que ese es el concepto gramatical y jurídico del privilegio; lo que se establece, mediante esa fórmula, es el precio que ha de recibir el con-

cesionario por la prestación a su cargo. De ese modo, tal cláusula no puede importar un privilegio, sino que constituye una causa esencial del contrato, una condición resolutoria, tan fundamental como es, en el arrendamiento de servicios o de cosas, el precio convenido del valor de éstos.

Sólo deformando el vocablo e innovando el léxico de nuestro idioma, puede darse a la cláusula contractual a que vengo refiriéndome, la significación o el alcance de un privilegio.

Esa condición del contrato, de poder llegar las Compañías a obtener una utilidad líquida determinada antes de que el Estado pueda intervenir en la fijación de las tarifas, es una condición resolutoria que vive en la concesión, como derecho contractual del concesionario, mientras aquella exista, ya hemos visto que las de mis Compañías están todas vigentes.

Pero noto, señor Ministro, que me estoy extendiendo demasiado en la dilucidación de un punto que ha quedado terminantemente esclarecido en las consultas que acompaño como parte integrante de este escrito. En todas ellas, esta cuestión, de si puede atribuirse el carácter de un privilegio a la fijación de las tarifas en las condiciones convenidas, ha sido tan admirablemente tratada y resuelta, que resulta redundante el proseguir ocupándose de ella, por no haber quedado nada por exponer.

Sólo me resta decir que la Comisión informante en mayoría ha padecido un error al creer que el senador doctor Otero demostró, en el curso del certamen oratorio habido en el Senado en las sesiones de noviembre de 1920 a febrero de 1921, que el pensamiento jurisprudencial había evolucionado en el sentido de considerar que la fijación de las tarifas por las compañías ferrocarrileras, era un "privilegio".

El doctor Otero, evocó, entonces, con la intención de apuntalar su tesis, varios casos de jurisprudencia norteamericana, en los que se había llegado a esa conclusión; pero, como quedó ampliamente demostrado en la luminosa consulta expedida, en conjunto, por los doctores Eduardo Brito del Pino, Pablo De María y Juan José Amézaga, el 6 de diciembre de 1920, incluída entre las que acompaño, las leyes y las concesiones a que la jurisprudencia americana se refirió, en dichos casos, eran muy distintas a las nuestras, por lo cual el criterio jurisprudencial que imperó en ellos, no puede ser aplicado aquí.

VIII

No es posible prescindir, ni aún en los contratos públicos, de la norma de interpretación según la cual los actos de los contrayentes, posteriores al contrato, que tengan relación con lo que se discute, sirven para explicar la intención de aquellas al tiempo de celebrarse la Convención.

Pues bien, señor Ministro, desde que funcionan los servicios a cargo de mis Compañías, siempre ellas han sido las que han fijado sus tarifas, por no haber llegado jamás sus utilidades a los porcentajes preestablecidos, y

esto aún después de haber terminado los períodos de privilegios y garantías, de lo cual son muchos los lustros que han transcurrido.

Y cuando el Poder Ejecutivo — dejándose impresionar por las propagandas políticas, no extrañas a la demagogia, que han hecho cabeza de turco de las empresas de ferrocarriles — ha querido influir en una reducción de tarifas. no lo ha hecho, por cierto, alegando tener un derecho, inmanente o contractual, a regularlas, sino realizando gestiones amistosas ante los concesionarios y buscando un acuerdo con ellos; pero siempre sobre la base de quedar bien entendido que su fijación corresponde a las Compañías, y hasta reconociendo esto expresamente, como sucedió en el caso evocado por el doctor Delle Piane en el capítulo V de su consulta. (Decreto gubernativo de 21 de junio de 1917).

Y no se crea que sólo esta vez quedó reconocido expresamente por el Poder Ejecutivo el derecho de mis Compañías a fijar, por sí mismas, sus tarifas, con arreglo a las respectivas cláusulas de sus contratos de concesiones, sino que, como al señor Ministro le será fácil constatarlo en la rama de la Administración tan dignamente a su cargo, eso ha sucedido muchas veces en el transcurso de los largos años que funcionan las empresas ferrocarrileras.

Una vez, en 1921 — a raíz de los discursos de los doctores Otero y Jiménez de Aréchaga en el Senado, que fueron aquí el punto de partida de esta tésis demoledora de que no hay contrato de concesión que valga, ni derechos contractuales que valgan, ni decenas de millones de pesos invertidos en el país bajo la buena fé de esos convenios que valgan, frente al derecho inmanente del Estado de regular los servicios públicos — una vez, decía, en 1921. a raíz de la repercusión que tuvo en el Senado esa teoría, el Poder Ejecutivo ordenó a los Fiscales de Hacienda y de lo Civil que iniciaran, **"por las vías legales"**, las acciones que correspondieran para hacer efectivo el pretendido derecho del Estado a intervenir en las tarifas del Ferrocarril Central.

Aquellos funcionarios se presentaron a la Alta Corte de Justicia, pidiendo fuera sometido a árbitros dicho asunto, y, ante la oposición del Central, aquella declaró que no correspondía el juicio arbitral.

Ahí quedó esa única tentativa del Estado de desconocer los legítimos derechos de mis Compañías, pues no volvió a agitar el asunto ante la justicia, como tampoco llegó a convertirse en ley la iniciativa que había surgido en el Senado, y, de ese modo, mis Compañías han continuado ejerciendo, sin interrupción, su derecho contractual de fijar sus tarifas.

Y conviene destacar que si bien en la tentativa de someter a árbitros dicha cuestión no hubo pronunciamiento de la Alta Corte sobre el fondo de ella, como no podía haberlo, esa prestigiosa autoridad, compuesta, entonces, por los doctores Bastos, Garzón, Cuñarro, Romeo Burgues y Pinto, examinando, en el desarrollo de su sentencia, la cláusula 11 del contrato de concesión — referente al derecho de la Compañía de fijar sus tarifas, sin intervención del Estado, mientras sus utilidades líquidas no lleguen al 16 % — alcanzó a expresar este concepto sobre esa cláusula:

"Los términos en que está concebida la base 11 no pueden ser objeto

"de controversia, en cuanto a su significado; su tenor literal es clarísi-
"mo..."

También puedo citar el caso ocurrido recientemente, en junio de este mismo año de 1945, cuando el señor Ministro, buscando un acuerdo con el Ferro Carril Central, le solicitó al suscrito que no aplicase al tráfico de ganado de los departamentos de Cerro Largo y Treinta y Tres el aumento de 15 % dispuesto por la Empresa, a regir desde el 1º de agosto, "mientras dure la situación de sequía que están sufriendo dichos departamentos" reconociendo así el derecho de la Empresa de aplicar el aumento referido.

Puedo decir, pues, con verdad, que, desde las fechas de sus contratos hasta hoy, mis Compañías han ejercido, permanentemente, su derecho de fijar, por sí mismas, sus tarifas, y que, salvo una intentona del Estado a intervenir en ellas, que no pasó de tal, aquel derecho le ha sido reconocido siempre. Lo cual constituye un antecedente más, bien decisivo, por cierto, de interpretación de nuestro convenio.

IX

Muchos antecedentes hay, esparcidos en las copiosas leyes, convenciones y resoluciones administrativas relacionadas con los servicios ferrocarrileros, que podrían invocarse para demostrar que el Estado, cuando contrató esos servicios con las Compañías concesionarias, no confundió, en ningún momento, los privilegios con los derechos otorgados a aquellas de fijar sus tarifas, y menos pensó, todavía, que estos derechos tuvieran la vida de aquellos privilegios y no la vida de las concesiones mismas, de las que no podrían ser separados sin que ellas quedaran quebrantadas en su base más fundamental, y a merced del propio Estado co-contratante.

Por no dar demasiado extensión a este escrito, no voy a exhumar todos esos antecedentes; pero traeré a colación algunos que, por si solos, bastan para demostrar lo que el Estado ha entendido por privilegios, sujetos a un plazo determinado de duración.

Me refiero en primer término, señor Ministro, al contrato de concesión del ramal Tres Arboles - Piedra Sola, del Ferrocarril Midland, celebrado, "ad-referendum", con el Poder Ejecutivo el 20 de marzo de 1909 y autorizado por la ley promulgada el 1º de setiembre de 1910.

En la cláusula 9ª de ese convenio, se estableció, textualmente: "Las
"exoneraciones establecidas por el artículo 34 de la Ley del Trazado
"General de Ferrocarriles de 27 de agosto de 1884, se acordarán por el
"término de 35 años, contados desde la fecha de la escritura de conce-
"sión, y también solo dentro de ese número de años se acordará la ga-
"rantía establecida por el artículo 4º."

Las viejas expresiones usadas en la ley de 1884 (artículo 36) como en los contratos de concesión anteriores a esa ley, de que "las garantías y privilegios" acordados tendrían el término de duración que se les fijó, fueron sustituidos en la concesión Tres Arboles - Piedra Sola, la última en orden cronológico, por las palabras más precisas, sin duda, que se usaron en

la cláusula 9ª de este convenio, que acabo de transcribir, que **sirven para demostrar que los plazos de los privilegios establecidos en las concesiones** se refieren a los **privilegios de exoneración de patentes, contribuciones directas y derechos de importación, que son, precisamente, los establecidos en el artículo 34 de la Ley de Trazado General, al que aquella cláusula hace referencia.**

Es evidente, sin duda, que si la intención de las partes contratantes, al establecer los plazos de los privilegios, hubiese sido la de comprender entre estos al derecho de fijar las tarifas, no se hubiesen remitido exclusivamente al artículo 34 de la Ley de Trazado General — que se refiere nada mas que a las exenciones de patentes, contribución directa y derechos de importación — sino se habrían remitido, también, a la cláusula relacionada con la fijación de las tarifas.

Es que, tanto en este contrato de concesión, como en los celebrados con el Ferrocarril Central antes de la ley general de 27 de agosto de 1884, como en los otorgados posteriormente, con arreglo a los preceptos de esta ley, tanto en unos como en otros — en todos, en fin — el derecho de fijar las tarifas, el de aprovechar los privilegios o exoneraciones y el de gozar de las garantías de interés, fueron establecidos cada uno en cláusulas particulares, distintas y separadas, que ninguna relación tienen entre sí, y sometidos también, a regímenes distintos, en cuanto a su duración.

Y, así, para el término de los privilegios y de las garantías se fijó un número determinado de años, a partir de las fechas de las concesiones — 40 años en unos y 35 en otros — mientras que el derecho de fijar las tarifas no se concedió a término sino a condición: a condición de que las utilidades netas de los concesionarios no pasaran de los porcentajes expresamente señalados. El goce de los privilegios y del derecho de fijar las tarifas no se miden con la misma vara; aquellos se miden por el transcurso del tiempo y estos, sin límite en el tiempo, se miden por los beneficios de las Compañías.

Pretender que cuando los convenios o las leyes dicen tan solo que los "privilegios" durarán 40 o 35 años, quieren referirse, también, al derecho de fijar las tarifas, es querer ajustar con una misma disposición, de carácter especial, dos situaciones completamente diferentes, regidas por cláusulas separadas y distintas, y sometidas a regímenes discordantes de regulación. Es, en una palabra, pretender forzar soluciones sin que ningún antecedente lo autorice; es proceder con arbitrariedad!

No solo no hay, en los contratos y en las leyes, nada que autorice esa unión amancebada de conceptos, sino que, al revés, ellos han sido bien diferenciados, y en algunos casos con precisiones que no pueden dejar lugar a ninguna duda.

Han quedado bien diferenciados esos conceptos, no solo al establecerse el régimen de los privilegios en la cláusula 9ª de dicha concesión Tres Arboles - Piedra Sola, dejándose claramente señalado allí que aquellos son las exenciones de impuestos concedidas en el artículo 34 de la Ley de Trazado General sino, también, al consignarse, en esa Concesión,

una variante en el régimen de fijación de tarifas, variante que ya había sido implantada, de común acuerdo, para las Extensiones Norte, Este y Nordeste del Ferrocarril Central, en el convenio de fecha 20 de abril de 1906 autorizado por la ley promulgada el 3 de ese mes, y para el ramal Algorta - Fray Bentos, del Ferrocarril Midland, en la concesión de esa línea, otorgada el 6 de julio de 1907 y autorizada por la ley de fecha 21 de junio de ese año.

En la cláusula quinta de la concesión Tres Arboles - Piedra Sola, en la cuarta de la concesión Algorta - Fray Bentos y en la tercera del convenio relacionado con las Extensiones Norte, Este y Nordeste del Central, se estipuló:

a) que dichas Compañías pueden ganar libremente hasta el 6% de utilidades líquidas;

b) que cuando sus utilidades pasen de ese porcentaje, hasta el 8% el exceso, entre el seis y el 8%, se dividirá entre el Estado y los concesionarios, a razón de dos tercios para aquel y un tercio para éstos;

c) que si las utilidades pasan del 8 %, lo que exceda de este porcentaje será destinado íntegramente a devolución de las garantías percibidas por los concesionarios, hasta la concelación de esa cuenta;

d) que una vez saldada la devolución de garantías, cuando las utilidades líquidas excedan del 8% anual sobre el capital real o sea el valor de las líneas, el Estado podrá optar entre intervenir en las tarifas hasta reducir los beneficios netos sobre el capital real a 8% anual, o recibir dicho exceso;

e) que si, hecha la reducción de tarifas, los resultados del rendimiento fueran menores de 8%, el Estado tendría que completar ese porcentaje.

Estos convenios y concesiones pueden examinarse en la obra del Dr. Luis Varela "Legislación de Obras Públicas", tomo III, páginas 182 a 185 (convenio sobre las Extensiones del Central); páginas 188 a 191 (concesión Algorta - Fray Bentos), y páginas 222 a 227 (concesión Tres Arboles - Piedra Sola).

Como se vé, al modificarse, en ellos, el régimen de la fijación de las tarifas establecido en las concesiones anteriores, tampoco se les ocurrió a las partes contratantes que dicho régimen estuviera sujeto a algún término como el de los privilegios — lo que nunca se les había pasado por la imaginación — sino a la condición de las utilidades que obtuvieran los concesionarios. Y se buscó, con las fórmulas de intervención pactadas, una mayor facilidad para el Estado de terciar en las tarifas, no sobre la base de establecer un término al derecho de fijarlas — como se hacía y se hizo con los privilegios, cuyo plazo se acortó en las nuevas concesiones — sino mediante una reducción al 8% del límite de utilidades a percibirse libremente, dejándose, todavía, un margen

para que el Estado pueda asociarse, si lo desea, al goce de los rendimientos.

Tan es así, que en el informe hecho por la Comisión de Fomento a la Cámara de Representantes, con motivo de la ley promulgada después, el 20 de abril de 1906, relativa al Convenio sobre tarifas proyectado con las Extensiones Norte, Este y Nordeste, al que me he referido, se dijo lo siguiente que arroja más luz, todavía, sobre el punto en discusión:

"Esa misma base 3ª establece, en el inciso siguiente, que en el caso "de que las utilidades líquidas excedan del 8% anual sobre el capital "real, o sea sobre el valor de la línea, según tasación, el Gobierno podrá "optar entre intervenir en las tarifas, hasta reducir los resultados netos "sobre el capital real a 8% o recibir dicho exceso, quedando entendido "que en ningún caso podrá aumentarse el capital sin el asentimiento del "Gobierno. Esta es otra disposición acertada del contrato, que pone en "manos del Gobierno la renta, si es que la necesita y la desea, o el aba- "ratamiento del transporte por una rebaja de tarifas que beneficie a "toda la población del país".

Y agregó, a renglón seguido, este párrafo bien elocuente, como índice de interpretación de los contratos en vigor, que confirma el alcance que siempre se ha dado a la cláusula sobre la fijación de tarifas:

"Desde este punto de vista, es preciso señalar el considerable pro- "greso que esta disposición realiza sobre nuestra legislación actualmente "en vigencia: el artículo 31 de la ley general de ferrocarriles, antes ci- "tada, no dá intervención al Estado en la reducción de tarifas, sino "cuando la ganancia neta llega al 12% sobre el capital real; como se "vé, esa intervención resulta casi ilusoria, pues pasará, todavía, agua "bastante bajo nuestros puentes, antes de que los ferrocarriles del país "alcancen ese rendimiento, en tanto que no se encuentra distante el "día en que produzcan el 8%, y pueda hacerse efectiva la reducción". (Diario de Sesiones de la Cámara de Representantes, tomo CLXXXIV, años 1905-6)

Y bueno es decir que firman este informe hombres tan calificados como el Dr. Antonio Cabral, el Dr. Manuel B. Otero (el mismo que, años después sostuvo en el Senado que el derecho de fijar las tarifas era un privilegio, que cesaba con el término de éstos!), don Santiago Rivas, el Dr. Luis Alberto de Herrera, el Dr Domingo Arena y el señor Alberto F. Caressa.

Como se vé, nunca, en ningún caso, en ninguna ley, en ninguna concesión, en ningún convenio posterior a ellas, se ha pretendido equiparar el derecho de fijar tarifas al goce de los privilegios, ni, por lo mismo, medir con la misma vara la duración de estos y de aquel.

Con arreglo a nuestras leyes y a nuestros contratos de concesión, sería pues, un acto arbitrario la intervención del Estado, en el momento actual, en la fijación de las tarifas de mis Compañías. Sería arbitrario, aunque se consumara por medio de una Ley.

Agregaré que de los dictámenes a que me he referido en el curso

de este escrito, incluyo originales de los expedidos por los Dres. Amézaga (1936), Baethgen, Mendez, Delle Piane y Zeballos y copias simples de las demás, debidamente controladas, en virtud de que los originales fueron presentados oportunamente al H. Senado.

Dejando, así, evacuada la vista que se dignó conferirme, aprovecho la oportunidad para saludar al Señor Ministro con mi más alta consideración y estima,

H. H. Grindley.
Administrador General.

Montevideo, Diciembre 18 de 1945